Irrtum als Rechtsgrund der Sachmängelhaftung

Eine kritische Betrachtung der „Voraussetzung als virtueller Vorbehalt“

Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Karl Heinz Diestel
Referendar in Teterow i. M.

1931

Buchdruckerei Hermann Decker, Teterow i. M.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

			Seite
§ 1		Einleitung	7
	I. Abschnitt:	**Begriff und Wesen der Gewährleistung**	8
§ 2		Mangelfreiheit kein Gegenstand der Erfüllungspflicht	8
§ 3		Gewährleistung eine Ersatzpflicht? .	11
§ 4		Vergleich der Gewährleistung mit dem Nachbesserungsanspruch	12
§ 5		Der Standpunkt des Reichsgerichts . .	13
§ 6		Gewährleistung eine Garantiepflicht? .	15
§ 7		Wesen der „Zusicherung“ in § 459,2 und § 463	17
	II. Abschnitt:	**Gewährleistung Vertragsinhalt?** . .	20
§ 8		Vorbemerkung	20
§ 9		Auslegung mittels § 133 und § 157 . .	20
§ 10		Rechtsfolgen als Inhalt der Willenserkl.	23
§ 11		Stillschweigende Willenserklärung . .	24
§ 12		Ergänzende Auslegung	26
§ 13		Oertmanns Geschäftsgrundlage . .	28
	III. Abschnitt:	**Politische Begründungen**	30
§ 14	1. Teil:	Erwartung des Käufers	30
§ 15	2. Teil:	Äquivalenz des Vertrages	33
	IV. Abschnitt:	**Der „virtuelle Vorbehalt“**	39
§ 16	1. Teil:	Krückmanns „virtueller Vorbehalt“ .	39
§ 17	2. Teil:	Süß‘ Anwendung des virt. Vorbehalts auf den Kaufvertrag	45
§ 18	V. Abschnitt:	**Süß‘ Gegenargumente gegen den Irrtum**	48
	VI. Abschnitt:	**Henles Voraussetzungsirrtum** . . .	59
§ 19		Vorbemerkung. Wesen der Willenserkl.	59
	1. Teil:	Mängel des Erklärungswillens . . .	60
§ 20		a) fehlender Erklärungswille	60
§ 21		b) mangelhafter Erklärungswille . .	62

	2. Teil:	Mängel des Rechtserfolgswillens . .	63
§ 22		Vorbemerkung zu c) und d) (§ 23—26)	63
§ 23		c) fehlender Rechtserfolgswille . . .	64
§ 24		Vorbemerkung zu d): mangelhafter Rechtserfolgswille	66
§ 25		aa) Irrtum in der Voraussetzung . .	68
§ 26		bb) Irrtum über die Voraussetzung .	76
§ 27		Nachbemerkung	81
	VII. Abschnitt:	**Kritik der Süßschen Theorie vom v. V.**	84
§ 28	1. Teil:	Fundierung im Gesetz	84
§ 29	2. Teil:	Wert und Inhalt des Begriffes . . .	97
§ 30	3. Teil:	Virtueller Vorbehalt oder Nichtzumutbarkeit?	104
§ 31	4. Teil:	Unklarheiten in der Süßschen Verwertung des virtuellen Vorbehalts . . .	109

Literaturverzeichnis.

v. Blume	in Jh. Jb. Bd. 55.
Bechmann	Der Kauf nach gemeinem Recht.
Cosack	Lehrbuch des bürgerl. Rechts.
Crome	System des deutschen bürgerl. Rechts.
Danz	in Jh. Jb. Bd. 46.
Dernburg	Bürgerliches Recht.
Düringer-Hachenburg	Kommentar zum HGB.
Endemann	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Enneccerus-Lehmann	Lehrbuch I,1 (1921); II (1931).
v. Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht.
Goldmann-Lilienthal	Das bürgerliche Recht.
Henle	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Henle	Irrtum über die Rechtsfolgen.
Henle	Treu und Glauben im Rechtsverkehr.
Henle	Vorstellungs- und Willenstheorie.
Henle	Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung.
Henle	Göttingische gelehrte Anzeigen, 1908, 1909.
Hedemann	Schuldrecht.
Heck	Grundriß des Schuldrechts.
Heyne	Deutsches Wörterbuch.
Kleinefeld	Der Tatbestandsbegriff der Willenserklärung im Sinne des BGB. Diss. 1928.
Knoke	im Handbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo.
Kohler	Lehrbuch des bürgerl. Rechts.
Krückmann	A.Z.P. Bd. 131, 101.
Krückmann	in Jh. Jb. Bd. 59.
Krückmann	Institutionen des BGB.
Lenel	A.Z.P. Bd. 74 und 79.
Lenel	in Jh. Jb. Bd. 44
Lippmann	A.Z.P. Bd. 102.
Leonhard, Franz	A.Z.P. Bd. 120.
Leonhard, Franz	Allgemeines Schuldrecht des BGB.
Leonhard, Rudolf	in G.G.A. 1908.
Leonhard, Rudolf	Irrtum als Ursache nichtiger Verträge.
Manigk	Irrtum und Auslegung.

Manigk	Willenserklärung und Willensgeschäft.
Motive	zum Entwurf eines BGB.
Oertmann	Die Geschäftsgrundlage.
Oertmann	Ehrenbergs Handbuch Bd. 5: Der gewöhnliche Handelskauf.
Oertmann	Rechtsordnung und Verkehrssitte.
Planck	Kommentar.
R. G.	Bd. 53, 54, 67, 68, 88, 94, 97.
R. G. Kommentar	
Regelsberger	in Jh. Jb. Bd. 40.
Schollmeyer	in Jh. Jb. Bd. 49.
Schollmeyer	Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB.
Schneider	A.Z.P. Bd. 97.
Schloßmann	in Jh. Jb. Bd. 45.
Staudinger	Kommentar.
Studemund	Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel. Diss. 1928.
Süß	Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel.
Titze	Lehre vom Mißverständnis.
v. Tuhr	Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts.
Wolff, Max	in Jh. Jb. Bd. 56.
Wolzendorff	in Jh. Jb. Bd. 64.
Windscheid	Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung.
Windscheid	A.Z.P. Bd. 78.
Wörterbuch der philosophischen Begriffe	
Zitelmann	Irrtum und Rechtsgeschäft.

Zitierweise.

A.Z.P.	=	Archiv für die zivilistische Praxis.
Jh. Jb.	=	Jherings Jahrbücher.
G.G.A.	=	Göttingische gelehrte Anzeigen.
Henle	=	Henles Lehrbuch, Allg. Teil.
Krückmann	=	in A.Z.P. „Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt.“
Süß	=	Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung.
Wolff	=	in Jh. Jb. Bd. 56.

§ 1.

Einleitung

I. Der Mangel wissenschaftlichen Schrifttums über eine der Hauptfragen der Lehre vom Kauf, das Wesen der Gewährleistung, läßt es gerechtfertigt erscheinen, in eine Untersuchung über den dogmatischen Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel nach § 459 ff. BGB. einzutreten. Wo in der Literatur Betrachtungen über den Rechtsgrund dieser Haftung angestellt werden, sind es zumeist nur rechtspolitische, und wo sich eine dogmatische Begründung findet, wie bei Henle[1]), ist sie nur skizzenhaft und von der Literatur noch nicht aufgegriffen.

Die jüngst erschienene Monographie von Th. Süß, „Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel," gab den Impuls für die vorliegende Arbeit. Und zwar war es einerseits die Feststellung, daß Süß die Irrtumsbegründung der Gewährleistung mit Argumenten abtut, die keine Anerkennung finden können, andererseits die Tatsache, daß die Irrtumslehre Henles unangefochten dasteht, weil die Henleschen Auffassungen nicht in der Süßschen Monographie zitiert und sei es verwertet, sei es angegriffen sind; drittens war es die negative Kritik am Werte des Begriffes vom Virtual als dem logisch Immanenten einer Willenserklärung, die die Aufgabe stellte, die Süßsche Theorie vom virtuellen Vorbehalt und die Henlesche Lehre vom Irrtum in der Voraussetzung gegeneinander abzuwägen und den Versuch zu wagen, durch kritische Betrachtung beider die Irrtumslehre als diejenige zu erkennen zu geben, deren Antwort auf die Frage nach dem Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel den Dogmatiker mehr befriedigen muß, als jede mit dem Gedanken eines Vorbehaltes operierende Begründung.

II. Die Untersuchung der Frage, warum der Verkäufer dem Käufer für die Mangelhaftigkeit einer Sache im Sinne des § 459 Abs. 1 und für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften im Sinne des Abs. 2 Gewähr zu leisten hat, indem der Käufer bei Speziessachen, — Gattungs- u. Viehkäufe finden in der vorliegenden Arbeit

[1]) Lehrbuch (LB.) 1926. Allg. Teil.

keine Erwähnung, — Wandlung und Minderung verlangen darf, kann an der Klärung des Wesens der Gewährleistungspflicht nicht vorübergehen. Bevor nicht feststeht, wozu der Käufer berechtigt ist, kann die Frage, warum er berechtigt ist, nicht wohl beantwortet werden. Da aber dieser Begriff, wie schon das Wort „Gewährleistungs p f l i ch t" sagt, besser vom Standpunkt des Verkäufers sein Wesen zu erkennen gibt, so wird zunächst zu untersuchen sein, welcher Art diese Verpflichtung des Verkäufers ist, Gewähr zu leisten. Da es ein Verdienst der S ü ß schen Monographie ist, den Charakter der Gewährleistungspflicht klar herausgestellt und überzeugend gegen widerstreitende Ansichten verteidigt zu haben, darf dieser einleitende Teil der Arbeit seine Anlehnung an den S ü ß schen Standpunkt zu erkennen geben.

Die weitere Untersuchung wird sich mit der rechtspolitischen Begründung der verkäuferischen Gewährleistungspflicht zu befassen und sodann die S ü ß sche Theorie nach Ursprung und Ausgestaltung darzustellen haben. Im Zwecke der Arbeit liegt es, sodann eingehender die Gründe auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen, die S ü ß den Begriff und die Lehre vom Irrtum aus dem Rahmen der Gewährleistung hinausdrängen lassen. Aus darstellungstaktischen Gründen folgt alsdann eine Gegenüberstellung der H e n l e schen Lehre vom Irrtum in der und über die Voraussetzung, an die sich als Schluß der Arbeit eine Bewertung der S ü ß schen Theorie und der von derselben verwandten Begriffe, insbesondere des virtuellen Vorbehalts anschließt.

I. Abschnitt.

Begriff und Wesen der „Gewährleistung."

§ 2.

Mangelfreiheit kein Gegenstand der Erfüllungspflicht.

Welcher Art ist die Verpflichtung des Verkäufers, für Mangelfreiheit Gewähr zu leisten; was heißt es, er solle für Mangelfreiheit „haften"? Ist die Gewährleistungspflicht eine Verpflichtung, die der Verkäufer mit und in dem Kaufvertrage als solchen dem Käufer gegenüber übernimmt und demzufolge zu erfüllen hat? Gehört zu den wesentlichen Pflichten, die der Vertrag dem Verkäufer auferlegt, d. h. zu den Erfüllungspflichten, die Verpflichtung, mangelfrei zu leisten, d. h. eine mangelfreie Sache zu leisten?

Der Kaufvertrag bezweckt und hat zum Gegenstand den Austausch der von den Vertragspartnern gegenseitig zugesagten Leistungen. Jeder Teil hat diese Leistungen zu erbringen, wenn er den Vertrag „erfüllt" haben will. Jeder Teil hat einen klagbaren An-

spruch darauf, daß der Gegner mit und in der Erbringung seiner vertraglich zugesagten Leistungen seine Leistungspflicht erfüllt, d. h. seinerseits den Vertrag erfüllt.

Nach § 433 BGB. gehört zur Leistungspflicht des Verkäufers, zu seiner Erfüllungspflicht, die aus der vertraglichen Abrede folgt, — zum Existenzminimum der Rechtsfolgen[1]) der verkäuferischen Willenserklärung „zu verkaufen," die Verpflichtung, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an derselben zu übertragen. Diese beiden Verpflichtungen sind die den Verkäufer treffenden Essentialien des Vertrages. Sie erscheinen „im Vertragsinhalt und müssen in ihm erscheinen"[2]), andernfalls würde die Regelung der Verkäuferpflichten wegen Unvollständigkeit der Abrede gegenstandslos sein „und eine Abwicklung des Geschäftes nicht erzwungen werden können"[3]). Auf beide Leistungen kann der Käufer als die ihm vertraglich zugesagten Leistungen klagen. Er kann klagen darauf, daß ihm die Sache übergeben und darauf, daß ihm das Eigentum daran verschafft werde. In diesem Sinne ist die Verpflichtung, die Sache zu übergeben, die primäre, aus dem Vertrag folgende, seitens des Käufers klagbare Erfüllungspflicht des Verkäufers.

Gegenstand[4]) dieser Erfüllungspflicht ist „die Sache", d. h. also die Sache, über welche der Kaufvertrag geschlossen ist, — die verkaufte Sache. Ist diese verkaufte Sache vom Verkäufer übergeben und das Eigentum an ihr dem Käufer übertragen, dann ist der Verkäufer seinen sämtlichen vertraglichen Erfüllungspflichten nachgekommen, dann hat er für seinen Teil den Vertrag erfüllt.

Das Postulat der Sachmängelfreiheit erscheint in diesen beiden Erfüllungspflichten nicht. Der Vertrag ist geschlossen über eine bestimmte, hic et nunc vorhandene Sache, also eine Sache, von der feststeht, wie sie geartet und beschaffen ist. Diese Sache[5]) hat der Verkäufer zu liefern. Dabei braucht und darf man a priori nicht einmal fordern, daß sie in dem Zustande zu leisten sei, in dem sie sich im Augenblick des Vertragsschlusses befindet, sondern sie ist so zu erbringen, wie sie überhaupt ist, auch im Zeitpunkt des Gefahrüberganges. Dieses Individuum[6]) von Sache, das Gegenstand des Kaufvertrages ist, ist zu liefern, — ohne Rücksicht auf seine Qualität. Das ist das Wesen des Spezieskaufes. Das Individuum ist zu übergeben, wie es geht und steht. Es ist keine Idealsache zu liefern, die Sache wird nicht einmal so geschuldet, wie sie bei Vertrags-

---

[1]) Henle. LB. S. 47.
[2]) Henle. LB. S. 46. 47.
[3]) Vergl. Anm. 2.
[4]) Vergl. dazu die grundlegenden Ausführungen Schollmeyers in Jh. Jb. 49. S. 93. f.
[5]) Vergl. Wolff. S. 4. 10.
[6]) Vergl. Süß. S. 84. 225.—227.

schluß[1]) beschaffen war, sondern so, wie sie jeweils und überhaupt ist, noch ist, jetzt ist im Zeitpunkt der Vertragsausführung, bezw. im Augenblick des Gefahrüberganges. Daß der Gesetzgeber sekundär durch die Haftungsvorschrift des § 459 den Käufer für eine mangelhafte Sache schadlos stellt, ist eine andere Frage, eben eine sekundäre. Beim Werkvertrag ist das anders. Dessen gegenteilige Regelung spricht klar für die Richtigkeit dieser Auffassung (s. dazu u. S. 12). Beim Kauf ist von einem mangelfreien Gegenstand nirgends die Rede. Leistet der Verkäufer die Sache so, wie sie ist, dann hat er voll erfüllt, denn er hat die Leistung erbracht, die § 433 ihm zur Pflicht macht. Dann kann zwar von einer mangelhaften S a ch e, aber nicht von mangelhafter oder teilweiser E r f ü l l u n g die Rede sein. Denn wenn der Sache ein Mangel anhaftet, dann haftet er doch nicht und nicht auch der Erfüllung an, die diese Sache zum Gegenstand hat. Erfüllung mit einer mangelhaften Sache ist keineswegs mangelhafte Erfüllung, sondern beim Spezieskauf ist die Leistung einer mangelhaften Sache volle Erfüllung[2]), mangelfreie Erfüllung. Es besteht eben keine[3]) Verpflichtung, mangelfreie Sachen zu liefern. Man kann voll und ganz erfüllt und doch eine mangelhafte Sache geliefert haben. Sachmängelfreiheit ist keine Voraussetzung mangelfreier Erfüllung. Jede Erfüllungspflicht muß erfüllt sein, wenn der erfüllende Vertragspartner das Seine aus dem Vertrage vertragsgemäß getan haben will. Die Gewährleistungspflicht gehört nicht zur Vertragserfüllung[4]). Gewährleistung ist vielmehr das Einstehenmüssen für etwas, wozu man vertraglich nicht verpflichtet ist[5]). Ist etwa die Gewährleistung eine Leistung, ohne deren Erbringung der Vertrag nicht erfüllt wäre? Gewährleistung ist nicht Voraussetzung der Erfüllung. Sie ist aber auch nicht die Folge mangelhafter Erfüllung; sondern ihre Bereitstellung seitens des Gesetzes erklärt sich aus der Tatsache, daß trotz mangelhafter Sache nach dem System des Kaufrechts der Vertrag vorschriftsmäßig, also mangelfrei erfüllt ist. Es dürfte nach allem klar sein, daß, so wenig eine mangelfreie Sache zu liefern ist, so wenig die Gewährleistung für die Sachmängel zu den essentiellen Erfüllungspflichten gehört, d. h. zu denen, zu deren Erfüllung sich der Verkäufer mit den Worten „ich verkaufe“ verpflichtet. Gerade, weil die Verpflichtung, mangelfrei zu liefern, fehlt,

[1]) Anders Ennec. § 112 (335.) I.
[2]) Vergl. Süß S. 50.
[3]) Vergl. Wolff S. 4.
[4]) Anders R.G. in ständiger Rechtsprechung (cf. Bd. 53. 70.) R.G.-Komm. § 459. 2.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse 1897. S. 15.
A. L. R. I. 5. § 317: „Auch die Leistung der Gewähr gehört zur Erfüllung des Vertrages“.
[5]) Süß S. 52. cf. S. 19.

mußte die Verpflichtung, Gewähr zu leisten, den notwendigen Ausgleich[1]) in der Interessenlage schaffen. Mithin ist die Gewährleistungspflicht die Folge fehlender Leistungspflicht. Gewähr ist zu leisten, weil gerade keine Erfüllungspflicht bezüglich einer mangelfreien Sache besteht. Das Prinzip der Gewährleistung ist nur denkbar unter der Voraussetzung, daß nicht gewährt ist und nicht gewährt zu werden braucht — nämlich Mängelfreiheit, daß der Käufer keinen primären Erfüllungsanspruch bezüglich Mängelfreiheit der gekauften Sache hat. Sonst könnte der Käufer seine Interessen ja mit einer Klage auf Erfüllung der verkäuferischen Leistungspflicht wahren, ähnlich wie der „Besteller" eine Art Erfüllungsanspruch auf Nachbesserung hat; und alle Fragen nach dem Rechtsgrund der Gewährleistung erklärten sich aus dem Vertragsinhalt.

§ 3.

Gewährleistung eine Ersatzpflicht?

Man nennt zuweilen im Schrifttum die Gewährleistungspflicht eine Ersatzpflicht. Wenn man bei dieser Pflicht zur Gewährleistung an irgendwelche eine primäre Verpflichtung „ersetzende", „vertretende" Pflicht denkt, so kann das nur im populären Sinne verstanden sein, als ginge hier ein „Ersatz für Sachmängel" vor sich. Gewährleistungspflicht ist eine primäre, den Verkäufer von Anfang an treffende Pflicht, keine Ersatzpflicht. Gewiß ist sie wirtschaftlich[2]) ein Ersatz für sachliche Mängel, aber niemals rechtlich eine sekundäre Ersatzpflicht für eine primäre Leistungspflicht. Nur wenn sie eine solche im Sinne dieses Nachsatzes wäre, verdiente sie die Bezeichnung E r s a t z pflicht. Eine solche primäre Leistungspflicht qua Mängelfreiheit ist doch gerade nicht vorhanden. Dieser Streit um den Begriff „Ersatzpflicht" wird meistens nur ein Streit um das Wort sein. Irgendwie „ersetzt" ja auch die Gewährleistung etwas. Aber es ist keine Ersatzpflicht an Stelle einer Pflicht, die ehemals geschuldet war und nun wegen bestimmter Umstände nicht mehr erfüllt werden kann oder soll. So aber muß doch der Begriff einer Ersatzpflicht verstanden werden, wenn er allein technisch einen Sinn haben soll. So ist es doch z. B. mit der Schadensersatzpflicht wegen verschuldeter Unmöglichkeit der Fall. Anstelle welcher geschuldeten Leistung sollte die Gewährleistung als Ersatzleistung treten? Für welche primäre Pflicht sollte sie Ersatzpflicht sein? Es besteht keine Pflicht, Speziessachen mangelfrei zu leisten. Daher ist auch in bezug auf Mängelfreiheit keine Ersatz-

[1]) Süß. S. 53.

[2]) Vergl. Süß S. 41.

pflicht möglich, sondern nur primär, a priori eine Pflicht zur Gewährleistung. Sie ist eine schon im Augenblick des Vertragsschlusses den Verkäufer treffende regulative Verpflichtung, die den Zweck hat, eine etwa auftauchende unbillige oder unzweckmäßig erscheinende Störung in dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zu korrigieren, — zu regulieren.

§ 4.

Vergleich der Gewährleistung mit dem Nachbesserungsanspruch.

[1])Der Gesetzgeber hätte die Sachmängelfreiheit zum Inhalt der verkäuferischen Erfüllungspflicht machen können; denn rein logisch ist es nicht notwendig, daß die Sachmängelfreiheit nur Gegenstand der Gewährleistungspflicht ist. An sich kann sie Gegenstand dieser beiden Arten rechtlicher Verpflichtungen sein. So hat z. B. beim Werkvertrag der Gesetzgeber die Mängelfreiheit dadurch zum Erfüllungsinhalt gemacht, daß er bestimmte, der Besteller dürfe, wenn das abzuliefernde oder abgelieferte Werk einen Mangel aufweise, mit dem ihm in § 633,2 zur Verfügung gestellten Nachbesserungsanspruch von dem Unternehmer die Beseitigung des Mangels verlangen. Während die Art der derart geschützten Mängel laut der gesetzgeberischen Ausdrucksweise genau die gleiche ist wie die in § 459,1, macht in § 633,1 der Gesetzgeber dem Unternehmer die Mangelfreiheit zur Verpflichtung und gibt dem Besteller entsprechend dieser Verpflichtung in § 633,2 den Anspruch auf Beseitigung des Mangels.

Wenn der Gesetzgeber für den Fall des Kaufes von einer entsprechenden Regelung allein schon, was den Wortlaut anbetrifft, absah, so muß das einmal als Beweis für die bereits oben (S. 9 f.) begründete Behauptung dienen, daß dort die Mängelfreiheit nicht zur schuldnerischen Leistungspflicht zählt, so wie es beim Werkvertrag eindeutig der Fall ist, andererseits dafür, daß der Gesetzgeber die Mängelfreiheit aber auch für den Kauf zur Verpflichtung hätte machen können. Statt dessen hat er mit keinem Wort dem Verkäufer etwas derartiges zur Pflicht gemacht. Beim Kauf wird deshalb die Erfüllung nicht von der Mangelhaftigkeit der Sache berührt. Liefert dagegen der Unternehmer ein mangelhaftes Werk, so wird um dieser dem Werk anhaftenden Mangelhaftigkeit willen auch seine Erfüllung mangelhaft; beim Werkvertrag ist nicht wie beim Kauf ein Werk schlechthin geschuldet, sondern ein solches von objektiv fixierter Beschaffenheit.

[1]) Vergl. Süß. S. 48. 49. 59.

§ 5.

Der Standpunkt des Reichsgerichts.

Gewährleistungspflicht ist also keine Erfüllungspflicht, gehört auch in keiner Weise zum Erfüllungsinhalt. Zwar soll nicht bestritten werden, daß auch die Gewährleistung eine Verpflichtung ist, die der Verkäufer im gegebenen Falle zu „erfüllen", zu „leisten"[1]) hat. Damit ist aber die Gewährleistung nicht zu einer Leistungs-(Erfüllungs-)pflicht im oben verstandenen Sinne jener Verpflichtungen geworden, die den Verkäufer aus seinem rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß treffen und darauf abzielen, die geschuldete Leistung zu erbringen, die Herbeiführung des geschuldeten Erfolges zu bewirken. Und wenn dieser Erfolg nicht herbeigeführt werden kann, dann wird die Erfüllungspflicht zwar in ihrem Inhalt modifiziert, wie die Ersatzpflicht des Schadensersatzes, verliert aber ihren Charakter als Erfüllungspflicht nicht. „Erfüllungspflicht[2]) ist Pflicht, einen im Vertrag oder Gesetz festgelegten Erfolg herbeizuführen; dagegen geht die Gewährleistungspflicht nicht auf Herstellung eines vertraglich oder gesetzlich festgelegten Erfolges sondern bedeutet, für einen Zustand einstehen zu müssen, zu dessen Herbeiführung man eben gerade nicht verpflichtet, d. h. rechtlich verpflichtet ist, also Rechtsnachteile zu übernehmen, obwohl man erfüllt hat, obwohl man nicht verpflichtet ist, den gewährleisteten Zustand zu schaffen". Ob man moralisch dazu verpflichtet ist, ist kein rechtlicher Gesichtspunkt, der in diese Betrachtung gehört.

Im Gegensatz zu dieser Anschauung hält das R.G. noch immer an der irrigen Auffassung fest, daß die Mängelfreiheit Gegenstand der Erfüllungspflicht sei. Es kann aber und daher nicht ausbleiben, daß ihm dabei Widersprüche unterlaufen. So sagt R.G. Komm. II zu § 459,1: „An sich sind Leistungspflicht und Gewährleistungspflicht voneinander zu unterscheiden. Aber die Leistungspflicht ist Voraussetzung der Gewährleistungspflicht. Wofür der Verkäufer nach § 459 haftet, das ist der Inhalt seiner Leistungspflicht. — — Die Verpflichtung des Verkäufers geht nicht nur auf die körperliche Übergabe der bestimmten Sache sondern auf Lieferung dieser Sache als einer mängelfreien, oder einer solchen Sache, die die zugesicherten Eigenschaften hat. — — Vielmehr hat der Verkäufer seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrag nur dann voll Genüge getan, wenn er die Sache in eben dem Zustande übergibt, wie er nach dem Vertrage gewollt und vom Verkäufer zugesagt, also Inhalt seiner Leistungspflicht geworden ist".

---

[1]) Vergl. Süß S. 17/19.

[2]) Süß S. 19.

Diese Darstellung ist vom unmittelbar juristisch-konstruktiven Standpunkt aus völlig abwegig. Nur wenn man einen mittelbar wirtschaftlich-praktischen Standpunkt einnimmt, kann man eine derartige, populäre Auffassung vertreten. Denn es kann zugegeben werden, daß die Gewährleistungspflicht wohl als ein vom Gesetz gedachter wirtschaftlicher Nachteil für den Verkäufer aufgefaßt werden darf und in dieser ihrer Auswirkung als Nachteil sehr wohl ein Druckmittel bedeutet, um den Verkäufer zur Lieferung mangelfreier Sachen anzuhalten. Aus dieser wirtschaftlichen Bedrohung mit einem Nachteil kann man aber nicht die wissenschaftliche Behauptung herleiten, der Gesetzgeber habe tatsächlich dem Verkäufer die Leistung einer mangelfreien Sache zur Erfüllungspflicht gemacht. Er hat sie nicht einmal zu irgend einer anderen Pflicht gemacht. Wenn er das hätte machen wollen, warum sagte er das dann nicht mit derselben Deutlichkeit wie in § 633? Maßgebend für die Auffassung dessen, was das Gesetz sagt, ist nicht, wie sich seine Anwendung wirtschaftlich auf die Interessen der Parteien auswirkt, sondern maßgebend ist seine direkte wort- und sinngemäße Ausdrucksweise. Und da ergibt gerade auch der Vergleich mit dem Wortlaut des § 633,1, daß von einer Erfüllungspflicht des Verkäufers, mangelfreie Sachen zu leisten, nicht die Rede sein kann.*)

Anmerkung zu *. Wie R.G, daß also Sachmangelfreiheit Gegenstand der Erfüllungspflicht des Verkäufers sei, so:
Kohler, B.R. II, 1, S. 71 ff.
Dernburg, Bürgerl. Recht, 1. Aufl. Bd. 2 § 185.
Krückmann, Jh. Jb. Bd. 59. S. 107. 125; dagegen A. Z. P. Bd. 101. S. 169 ff.
Endemann, L. B. § 161. Anm. 31 S. 992 mit der unverständlichen Behauptung, das Gesetz hebe mit aller Klarheit hervor, daß die Mangelfreiheit zur Erfüllungspflicht des Verkäufers gehöre.
Regelsberger, Jh. Jb. Bd. 40. S. 274.
Schneider, Archiv. für bürgerl. Recht Bd. 41. S. 445 ff. S. 455/6.

Für die im Text vertretene Ansicht, daß die Mängelfreiheit nicht Gegenstand der Erfüllungspflicht, sondern der von ihr systematisch streng zu trennenden Gewährleistungspflicht ist:
Düringer-Hachenburg, 1913. Komm. z. H. G. B. S. 95 I.
Oertmann, Handelskauf S. 395 ff. S. 474 ff.
Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht III S. 477, § 194 III 3a. „Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß nach dem B.G.B. die Gewährleistung wegen Sachmängel eine besondere Verpflichtung des Verkäufers ist. Sie ist nicht . . . in die Erfüllungspflicht aufgenommen. Der Verkäufer schuldet nicht die Verschaffung der Sache in fehlerlosem Zustande, sondern das Einstehen für ihre Mangelfreiheit. Er hat die Sache so verkauft, wie sie zur Zeit des Vertragsschlusses war, und erfüllt daher durch ihre Lieferung den Kaufvertrag."
Hedemann, Schuldrecht S. 62.
Paul Knoke, Handbuch d. Rechtsw. v. Stier-Somlo II. 895 (V) u. 897 (VIII 6). Die Mängelfreiheit gehört beim Kauf einer Speziessache nicht zur Vertragserfüllung.
Ennecoerus, L.B. § 112 (335) I.

§ 6.

Gewährleistung eine Garantiepflicht?

Gehört die Gewährleistung nicht zum vom Gesetz statuierten Existenzminimum, zu den Essentialien des Kaufvertrages, so könnte man glauben, sie sei Ausfluß einer in den Vertrag aufgenommenen oder neben dem Vertrag herlaufenden Garantiepflicht, als sei eine solche stillschweigend zum Geschäftsinhalt gemacht. Unter Garantie hat man einen Vertrag, bezw. zusätzlichen Vertragsinhalt zu verstehen, durch den jemand verspricht, für die Gefahr einzustehen, die dem Kontrahenten aus einer Unternehmung irgendwelcher Art erwächst[1]). Danach wäre also eine vom Käufer verlangte, vom Verkäufer in rechtswirksamer Weise gegebene Garantie notwendig, um die Gewährleistung zu begründen. Diese vereinbarte Garantie würde darauf abzielen, im Falle der Mangelhaftigkeit der Sache den Käufer durch Geldersatz in diejenige Vermögenslage zu versetzen, in der er sich bei Vorhandensein des garantierten Zustandes befinden würde; also Schadensersatz wegen Mangels der garantierten Eigenschaften. Dieser Fall einer Garantie ist aber vom Gesetz besonders geregelt im § 463 (davon weiter unten S. 17 ff). In § 459 ist von einer Garantie keine Rede[2]); denn von einer Schadensersatzpflicht ist dort abgesehen. Könnte man aus § 459 bezw. aus einem gewöhnlichen Kaufvertrag im Sinne des § 433 eine stillschweigende Garantie für Fehlerfreiheit herauslesen, dann hätte der Verkäufer für den Sachmangel nicht nur die im § 459/62 normierte Gewähr zu leisten, sondern darüber hinaus die Mangelfreiheit durch Beseitigung des Mangels — wie im § 633 — herbeizuführen und, wenn er dazu nicht imstande ist, eine Schadensersatzleistung anstelle der

---

Fortsetzung der Anmerkung zu*: Fr. Leonhard, Allgemeines Schuldrecht S. 343.
Siber bei Planck Vorbem. I 5 b vor § 275.
Wolzendorff, Jh. Jb. 64, 327.
Staudinger, II. 2 (9. Aufl.) S 118. Vorbem. 1 d vor § 459.
v. Blume, Jh. Jb. Bd. 55. S. 230.
Endemann, LB. I. § 161. Anm. 13. § 160 c (Vgl. dazu die unverständliche Abweichung dieser Auffassung bei ihm selbst in § 161. Anm. 31)
Wolff, Jh. Jb. Bd. 56. S. 4. Süß meint, (S. 81) Wolff sei im Planckschen Komm. zu Unrecht als Zeuge für diese Meinung zitiert Dabei führt Wolff ganz eindeutig aus: „Mangelfreiheit zu gewähren gehört nicht zur Leistungspflicht des Verkäufers, sondern seine Leistungspflicht erschöpft sich darin, dem Käufer die individuell bestimmte, verkaufte Speziessache zu übereignen und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, gleichviel, ob die Sache mit Mängeln behaftet ist oder nicht."
Fr. Schollmeyers grundlegende Ausführungen in Jh. Jb Bd. 49 S. 39 ff., insbesondere S. 97.

---

[1]) Ennec. 1930. § 194. II.

[2]) Vergl. Motive 2. S. 224.

geschuldeten Leistung zu erbringen. Dazu ist aber der Verkäufer auf Grund der bloßen Gewährleistung nicht verpflichtet.

Auch müßte sich ein derartiges Garantieversprechen, selbst wenn es stillschweigend vereinbart wurde, immer in den Erklärungen der Vertragspartner nachweisen lassen. Ein derartiger Versuch wird aber eben so fehl schlagen wie das Bemühen, etwa die Gewährschaftsübernahme in dem rechtsgeschäftlichen Inhalt des Kaufvertrages nachzuweisen. (Von der Auslegung einer Willenserklärung wird weiter unten noch eingehender zu handeln sein.) Es läßt sich zwar nicht verneinen, daß ethymologisch die Worte „Garantie" und „Gewährleistung" denselben Begriff bedeuten[1]). So identifiziert denn z. B. Wolff[2]) beide Worte und Begriffe und kommt demzufolge zu dem Ergebnis, daß Gewährleistung für Sachmängel eine Garantie für Sachmängelfreiheit ist und demgemäß ein „Einstehen", ein „Haften" des Verkäufers für den Fall, daß die Sache nicht mangelfrei geliefert wird. Wer für die Mangelfreiheit „garantiere", „gewährleiste", der übernehme Verpflichtungen nur für den Fall, daß nicht mangelfrei geliefert sei, aber nicht die Verpflichtung, Mangelfreiheit zu gewähren[3]). Diese Auffassung nötigt Wolff dazu, im Falle des § 459 nur von „uneigentlicher Gewährleistung" zu sprechen, während der „eigentliche Fall der Gewährleistung in der Reinheit ihres Begriffes"[4]) der Fall des § 463 sei.

Diese Scheidung zwischen eigentlicher und uneigentlicher Gewährleistung in dem Sinne, daß also § 459 eigentlich keine Gewährleistung sei, läßt schon das Verfängliche der Identifizierung von Garantie und Gewährleistung erkennen[5]). Heute bedeuten beide Worte terminologisch verschiedene Begriffe, und es heißt dem Gesetzgeber einen unverdienten Vorwurf machen und das Verständnis für sein System erschweren, wenn man beide Begriffe identifiziert. Sollte der Gesetzgeber mit dem Begriff der Gewährleistung operiert haben, ohne zu merken, daß er ihn im falschen, „uneigentlichen" Sinn benutzte? Im B.G.B. erscheint der Begriff der Gewährleistung in einer terminologisch gegenüber dem Begriff der Garantie bereits abgewandelten Form. Die „Haftung" des § 459 ist, wie schon die Überschrift zu den §§ 459 ff. sagt, ein Fall der Gewährleistung im richtig verstandenen Sinne, ohne daß es sich um den Charakter einer Garantie handelte. Und z. B. im § 492 ist ein Unterschied zwischen strengerer Garantie und bloßer Gewährleistung gemacht. Allerdings dürfte der von Wolff gemachte Unterschied mit um-

---

[1]) Vergl. Heyne, Deutsches Wörterbuch. Kluge Ethymolog. Wörterbuch. Vergl. dazu Süß S. 64.
[2]) Wolff S. 2.
[3]) Wolff S. 2.
[4]) Wolff S. 44.
[5]) Vergl. die Ausführungen u. S. 36. 37.

gekehrtem Vorzeichen gemacht werden müssen. Wolff nennt „die Übernahme der Gewährleistung durch den Verkäufer echte Garantieübernahme, echte Gewährleistung", hingegen die „Zusicherung einer Eigenschaft eine bloße Zusage im Sinne der uneigentlichen Gewährleistung". Gerade umgekehrt nennt Studemund[1]), gestützt auf Henle[2]), die „Übernahme der Gewährleistung" gewöhnliche, bloße Gewährleistung im richtig verstandenen Gegensatz zur Garantie mit der Folge der Wandlung; dagegen die „Zusicherung von Eigenschaften die Vereinbarung besonderer Rechtswirkungen für den Fall des Nichtvorliegens einer vom Verkäufer behaupteten Eigenschaft". Solche Zusicherung sei Willenserklärung, Übernahme von Rechtsfolgen, gehöre zum Vertragsinhalt. Also echte Garantie! Die Ausdeutung des Unterschieds der beiden Begriffe der Gewährleistung und der Garantie im Tatbestand des § 492 ist von Studemund richtig vorgenommen; Wolff kann nicht beigetreten werden.

Das Gesetz hat den Begriff der Gewährleistung grundsätzlich für eine Regelung verwandt, wo von einer Garantiewirkung nicht gesprochen werden kann; es ist deshalb ratsam, mit dem Gesetzgeber das Wort „Gewährleistung" im Sinne der eigenen Darstellung da anzuwenden, wo man mangels einer primären Erfüllungspflicht „nicht einen gesetzlich oder vertraglich festgelegten Erfolg (die Mängelfreiheit) herbeizuführen sondern für einen Zustand einzustehen hat, zu dessen Herbeiführung man gerade nicht verpflichtet ist"[3]), und zwar deshalb einzustehen hat, weil der Gläubiger mangels irgendwelcher Erfüllungsansprüche auf den „Anhang von Rechtsfolgen" angewiesen wird, den die Rechtsordnung in vorsorglicher Weise „von Amts wegen den Willenserklärungen der Parteien hinzugefügt hat"[4]), wenn seine Interessen die berechtigte Berücksichtigung erfahren sollen.

§ 7.

Wesen der „Zusicherung" in § 459,2 und § 463.

Völlig ungeklärt ist in der Literatur das Wesen der „Zusicherung", wie der Gesetzgeber sie in den §§ 459, 463, 492 erwähnt hat. Soll auf sie die Überschrift der §§ 459 ff. „Gewährleistung" zutreffen, dann ist sie, wofern das Wesen der Gewährleistung richtig verstanden wurde, kein Fall einer Garantie. Und wenn die Folge des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft, die bei Ver-

---

[1]) Studemund S. 44.
[2]) Henle LB. S. 315.
[3]) Süß S. 19.
[4]) Henle: Irrtum über die Rechtsfolgen, S. 60.

tragsschluß vorhanden war, Wandlung und Minderung ist, während die Abwesenheit einer zugesicherten Eigenschaft bereits bei Vertragsschluß gemäß § 463 Schadensersatz nach sich zieht, dann deutet das einmal auf einen Unterschied in der Behandlung der Zusicherung andererseits darauf hin, daß die Zusicherung aus § 459,2 auch nur auf bloße Gewährleistung wie bei den Mängeln des Abs. 1 hinausläuft. Auf jeden Fall kann daher gesagt werden, daß, wenn überhaupt, so doch nicht in beiden Fällen, dem § 459,2 und dem § 463, in der Zusicherung eine Garantie liegt. Legt man das Wesen und die Wirkung der Garantie zugrunde, so ergibt sich, daß dort von einer Garantie nicht gesprochen werden kann[1]), wo der Käufer den Verkäufer nicht auf Erfüllung bezw. Schadensersatz verklagen kann. Schon danach wäre § 459,2 kein Fall der Garantie. Denn auch, wenn der Verkäufer im Sinne des § 459 Abs. 2 eine Eigenschaft zusichert, hat er dennoch seiner Leistungspflicht genügt, wenn er die Sache auch ohne die zugesicherte Eigenschaft liefert, es sei denn, daß die zugesicherte Eigenschaft nachweislich schon bei Vertragsschluß fehlte und demzufolge der § 463 Platz greift. Dementsprechend kann der Käufer die Haftung des Verkäufers im Rahmen des § 459,2 auch nur mittels Wandlung und Minderung in Anspruch nehmen, nicht mit einem Erfüllungs- bezw. Ersatzanspruch, wie es bei einem Garantieversprechen der Fall wäre. Eine Auseinandersetzung mit dem umfangreichen Problem der Zusicherung im Rahmen eines Kaufes würde die Grenzen der Arbeit sprengen, ohne der Kernfrage dienen zu können. Wir beschränken uns daher darauf, W o l f f[2]) darin Recht zu geben, daß die Zusicherung aus § 459,2 eine andere Bedeutung und Wirkung hat als die in § 463. In § 463 wird eine Zusicherung verlangt, die den Tatbestand einer Garantie erfüllt. RG.[3]) verlangt vertragsmäßiges Verlangen und vertragsmäßige Abgabe der Zusicherung. H e n l e[4]) verlangt von einer Zusicherung im Sinne einer Garantie „die Vereinbarung besonderer Rechtswirkungen für den Fall des Nichtvorhandenseins einer vom Verkäufer behaupteten Eigenschaft." Darauf kommt es an, nicht auf vertragsmäßiges Verlangen und vertragsmäßige Abgabe der Zusicherung, wie RG. sagt. Derart im Sinne H e n l e s kann die Zusicherung keinesfalls in § 459,2 verstanden werden, sondern nur die aus § 463 könnte diesen Charakter aufweisen. Das schließt natürlich nicht aus, daß durch zusätzliche Abrede aus der Zusicherung des § 459,2 ein Garantievertrag gemacht werden kann. Hier ist nur die Rede davon, ob der Tatbestand des § 459,2 als Garantievertrag aufzufassen ist. Das ist er nicht. Trifft

[1]) Vergl. die Ausführungen u. S. 36 u. 37.
[2]) Wolff. S. 49.
[3]) R.G. Bd. 54. 223. Vergl. Studemund S. 47.
[4]) Henle LB. S. 315.

die Zusicherung aus § 463 nicht zu, dann ist Schadensersatzpflicht am Platze. Aber nicht wegen Nichterfüllung[1]). Denn nach dem dargestellten System des Kaufrechts ist auch dann erfüllt, wenn die Sache mangelhaft, bezw. nicht im Besitz der behaupteten Eigenschaft ist. Insofern hätte der Gesetzgeber als Grund für die Schadensersatzpflicht nicht Nichterfüllung angeben dürfen sondern Mangelhaftigkeit[2]) der Sache. Auch indem der Gesetzgeber das Moment des Verschuldens in den § 463 hineinbrachte, welches mit der Gewährleistung gar nichts zu tun hat, hat er einen ganz anderen Tatbestand als den einer Gewährleistung geregelt. Er belastet den Verkäufer vielmehr wegen einer Art culpa in contrahendo[3]) mit einer Schadensersatzpflicht. Und wenn man schließlich bedenkt, daß das positive Interesse völlig ungerechtfertigt ist, dann kann der § 463 nur als völlig verunglückte Gewährleistungsnorm bezeichnet werden oder als eine Norm, die eben nicht, wie die Ueberschrift zu den §§ 459 ff. besagt, unter die Gewährleistung und ihre Tatbestände gehört.

Der Sinn der Zusicherung im eigentlichen Sinne der Gewährleistungsregelung kann, wie aus S ü ß ' Ausführungen treffend erhellt, nur aus dem Wesen und Zweck der Gewährleistung verstanden werden (siehe dazu weiter unten S. 33 ff.): Sichert der Verkäufer eine Eigenschaft zu, ohne einen rechtswirksamen und nachweislichen Garantievertrag zu schließen und schließen zu wollen, dann verleitet diese Zusicherung den Käufer, einen höheren Preis für diese Sache zu bieten, als er bieten würde, wenn er wüßte, die Eigenschaft werde im Augenblick der Übergabe nicht vorhanden sein. Es tritt also eine Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung ein, die der Käufer mangels eines Erfüllungsanspruches nicht zu beheben vermöchte. Da stellt ihm der Gesetzgeber das Recht zur Verfügung, vom Verkäufer Wandlung oder Minderung zu verlangen, um die Äquivalenz herzustellen. Von diesem Gesichtspunkt aus stellt sich die Zusicherung des § 459 nicht als ein Garantieversprechen dar sondern nur als eine durch den Verkäufer in dem Käufer mehr oder weniger arglos angestellte Irrtumserregung, die durch Wandlung oder Minderung ihre genügende Regelung erfährt, ebenso wie im Falle des § 459 Abs. 1[4]).

Für die Behandlung des gestellten Problems kommt es nur darauf an festzustellen, daß die Gewährleistung nicht auf einer Garantie oder einer Art Garantie beruht. Da, wo sich die Forderungsansprüche des Käufers darauf beschränken, die Übergabe und Übereignung der Sache verlangen zu können, ohne durch Ausbau

[1]) Vergl. Wolff S 45.
[2]) Wolff. S 44.
[3]) Vergl Süß S 88. Wolff S. 54.
[4]) Hierzu eingehender unten S. 33 ff.

des Vertrages Sicherungsforderungen gegen den Verkäufer gewonnen zu haben, liegt bloße Gewährleistung, kein Erfüllungs- oder Garantieanspruch vor.

II. Abschnitt.

Gewährleistung Vertragsinhalt?

§ 8.

Vorbemerkung.

Die aus dem Wortlaut und System des Gesetzestextes entnommene Behauptung, daß der Verkäufer nicht verpflichtet sei, mangelfrei zu liefern, genügt keineswegs, um als Grund des Gesetzgebers für die Gewährleistungsregelung nur Zweckmäßigkeitserwägungen auszugeben und zu behaupten, daß diese Zweckmäßigkeitsregelung von Gesetzes wegen als Ergänzungsnorm[1]) zum Wesen und Inhalt eines Kaufvertrages gehört. Es bedarf vielmehr vor allem der Klärung der Frage, ob die Gewährleistung nicht etwa irgendwie durch das Verlangen des Käufers, der Verkäufer möge die Gewähr übernehmen, und durch die verbindliche Annahme dieses Verlangens seitens des Verkäufers zum rechtsgeschäftlichen Vertragsinhalt geworden ist. Bislang war nur nachgewiesen, daß von Gesetzes wegen keine Verpflichtung besteht, mangelfrei zu liefern. Die Frage, die es mithin noch zu beantworten gilt, lautet also: Ist in den von den Parteien abgegebenen Willenserklärungen „zu kaufen" und „zu verkaufen" ein Hinweis auf den Willen, die Gewährleistung zum Vertragsinhalt zu machen, enthalten, auch wenn nicht ausdrücklich von einer derartigen Abrede gehandelt wurde?

Mit dieser Frage ist bereits der Schritt in das Dunkel der Lehre von der Auslegung, der Feststellung des Inhaltes und Sinnes einer Willenserklärung getan. Doch soll hier nicht dieser gesamte Fragenkomplex kurzfertig aufgerollt, sondern nur in Anlehnung an die herrschende Meinung die Antwort dahin entwickelt werden, daß, wo zwei Kaufvertragspartner nur über die Essentialien des § 433, über die das Existenzminimum des Kaufvertrages ausmachenden wesentlichen Rechtsfolgen ihrer Erklärungen handelten, eine Gewährleistungsabrede in ihrer Willenserklärung nicht nachweisbar ist.

§ 9.

Auslegung mittels § 133 und § 157.

Die §§ 133 und 157 geben die Anleitung, wie bei der Auslegung und der Ermittlung des Inhaltes einer Willenserklärung zu verfahren sei. § 133 bestimmt, daß der „wirkliche Wille" zu er-

[1]) Henle LB. S. 47.

forschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks, also im Gegensatz zum Willen nicht am Buchstaben seines Ausdrucksmittels zu haften sei. Diese Frage der Auslegung ist von hervorragender Bedeutung für den Zweck der Arbeit; denn es wird sich später darum handeln, ob auch ein virtueller Wille um deswillen Berücksichtigung finden kann, weil er als logische Immanenz einer Willenserklärung mit derselben bekundet sei. Es ist deshalb schon hier das Augenmerk auf diese Frage zu richten.

§ 133 bestimmt, es sei der wirkliche Wille zu erforschen. Das könnte verleiten, auch solche Umstände von der Willenserklärung erfaßt sein zu lassen, die der Gegner nicht kennen kann, weil sie nicht erklärt sind. Solchenfalls würde der Wille, der aus der Willenserklärung entnommen werden soll, identisch mit dem wirklich Gemeinten, und man käme zu dem Ergebnis, daß die Erklärung nicht auf das lautet, was erklärt worden ist, sondern auf das, was der Erklärende zu erklären vermeinte[1]). Damit wäre aber der Sinn des § 119,1 völlig in Frage gestellt.

Durch die Gegenüberstellung des wirklichen Willens, der in einer Erklärung gefunden werden soll, mit dem buchstäblichen Wortlaut der Erklärung ergibt sich der Sinn des § 133 und seine Anweisung, den wirklichen Willen nur in Verbindung mit der Erklärung gelten zu lassen. Der wirkliche Wille ist und bleibt nichts anderes als das zwar nicht dem Buchstaben, aber der Wirklichkeit nach Erklärte. Und § 133 bestimmt, wie ein dem Umfange nach bereits fest- und vorliegendes Material zu behandeln sei; er bestimmt nicht etwa, daß man zur Erkennung dessen, was der Erklärende hat erklären wollen, Umschau nach weiterem Material halten dürfe, als die Erklärung es hergibt, und sich auf Vermutungen und Virtualitäten bezw. Eventualitäten einlassen dürfe. Wäre dem so, wie käme dann das Gesetz dazu, den Erklärenden im Falle des § 119,1 auch dann an seiner Erklärung festzuhalten, wenn er etwas anderes zu erklären meinte, — wenn er etwas anderes innerlich gewollt hat, als er nach außen hin als gewollt erklärte[2])! Es ist nicht so[3]), daß der innere Wille, der keinerlei Ausdruck gefunden hat, Objekt der Sinnesinterpretation ist. Auszulegen ist lediglich die Erklärung. „In § 133 sind alle Umstände als Teile der Erklärung, nicht des Willens zu berücksichtigen“[4]). „Der Wille[4]) wirkt nicht allein, sondern nur in Verbindung mit der Erklärung“. „Nur was erklärt ist, kann gelten; was gewollt ist, aber unerklärt blieb, kann nicht gelten“[5]). Hat z. B. ein Beauftragter

[1]) Henle LB. S. 74.
[2]) Lehmann Allg. Teil § 30 VI. 2. Ennec. § 192. Anm. 9.
[3]) Ennec. § 192. I. 1. u. Anm 9.
[4]) Fr. Leonhard. Schuldrecht 1929. S. 271. Ders. A.Z.P. 120. S. 81.
[5]) Henle. LB. S. 75.

und Bevollmächtigter den inneren Willen, für einen anderen als Stellvertreter zu handeln, und die lebhafteste Absicht, bekundet dieselbe aber nicht, dann, — so sagt das Gesetz zu allem Überfluß der Deutlichkeit halber ausdrücklich[1]), — soll der innere Wille, als Vertreter zu handeln, keine Wirksamkeit haben.

Dieses Beispiel gibt noch mehr gegen die Auffassung her, die Krückmann und Süß vertreten, daß auch ein virtueller Wille, d. i. ein solcher, der nicht nur keinen Ausdruck gefunden hat, sondern nicht einmal im treibenden Sinne wirksam, d. h. aktuell ist, die Kraft habe, Rechtsfolgen auszulösen. Es widerlegt diese Auffassung noch eindeutiger als der innerlich nicht ganz so klar gelagerte § 116. Und immer wieder der § 119! „Dieser setzt einen Zwiespalt zwischen Willen und Erklärung voraus und gibt dem Irrenden nur das Recht, seine Erklärung anzufechten, und nicht etwa, sie nach seinem Willen umzudeuten"[2]). Wie sollte sich dann der Erklärende auf einen virtuellen Willen berufen dürfen!

Niemals ist und soll es Aufgabe der Auslegung sein, bis zu einem inneren Willen vorzudringen, der keinen Ausdruck in der Erklärung fand[3]), der nicht wenigstens in dem Erklärungstatbestand oder dem Sinn der Erklärung irgendeine Andeutung erfahren hat.

Dieser Art ist auch in den Kaufabreden eine Gewährleistungsabrede nicht enthalten. Die Kaufabreden heißen „Ich kaufe diese kupferne Schale" und „Ich verkaufe sie Dir". Weder ausdrücklich noch stillschweigend ist mit diesen Worten eine Gewährleistung verabredet. Selbst wenn der Käufer sich Vorstellungen über die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes und die etwaigen Folgen einer falschen Vorstellung macht, kann ein Gewährleistungsverlangen seiner Erklärung nicht entnommen und auf diese Weise durch Annahme seiner Erklärung seitens des Verkäufers als zum Geschäftsinhalt geworden betrachtet werden.

Ganz klar sind die Grenzen der Auslegung nicht; spielt doch diese Frage eng hinüber in das Gebiet der in § 12 näher zu behandelnden „ergänzenden Auslegung"[4]), deren Aufgabe es ist, u. a. aus dem Zweck eines Vertrages auf den rechtsgeschäftlichen Willen und den Willen der Parteien überhaupt zu schließen, ihn herauszustellen und zu berücksichtigen, auch wenn er nicht ausdrücklich erklärt ist, ja nicht einmal stillschweigend seine Andeutung gefunden hat, sondern eben nur, man möchte sagen, als logische Immanenz aus dem Vertragszweck gefolgert werden kann. Es wird noch bei der Auseinandersetzung mit dem virtuellen Willen auf diese Frage zurückzukommen sein. Hier genügt die Feststellung, daß die

[1]) § 164. Abs. 2. B.G.B.
[2]) cf. Fr. Leonhard. a. a. O., R.G 68. S. 128.
[3]) Henle, G.G.A. 1908. S. 472.
[4]) Vergl. Henle LB. S. 128.

Gewährleistung aus dem Zweck des Kaufvertrages als von den Parteien bezweckt nicht gefolgert werden kann, denn Zweck des Kaufvertrages ist der Austausch der gegenseitigen Werte.

Mit dem § 157 den Nachweis der Verabredung der Gewährleistung erbringen zu wollen, hieße den Sinn des § 157 verkennen. § 157 will die Lauterkeit des Rechtsverkehrs schützen; er will die eine Partei davor bewahren, daß die andere Partei den Vertrag in einer Treu und Glauben widersprechenden Weise, und zwar in der Regel nach dem Wortlaut[1]) deutet „im Gegensatz zu dem, was der andere Teil in Wahrheit als Vertragsinhalt ansehen mußte"; er will es dem Gegner möglich machen, „den Erklärenden als offenen und verständigen Menschen zu nehmen[2]), der loyal seine Interessen mit denen des Gegners in Ausgleich zu bringen trachtet", ohne sich durch die Besorgnis von Schlichen ängstlich vor einer Geschäftsanbahnung hüten zu müssen. Danach ist § 157 nicht das Mittel, aus einem Vertrag etwas herauslesen zu können, in diesem Fall die Gewährleistung, was beide Teile nicht als ihren aktuellen Willen zum Ausdruck gebracht bezw. stillschweigend erklärt haben.

§ 10.

Rechtsfolgen als Inhalt der Willenserklärung?

Titze[3]) und Danz[4]) haben den Nachweis zu erbringen versucht, daß der Inhalt einer Willenserklärung ihre Rechtsfolgen seien. Danach würde sich die Gewährleistung aus dem Sinn und Inhalt der Willenserklärungen, dem Kaufvertrag zwischen Käufer und Verkäufer ergeben. Doch kann diese Theorie als abgetan gelten[5]). Wenn der Inhalt einer Willenserklärung in ihren Rechtsfolgen bestände, dann müßten Ursache und Wirkung dasselbe[6]) sein, und wären speziell keine Willenserklärungen ohne Rechtsfolgen denkbar. Es gibt aber derartige Willenserklärungen: z. B. die wucherische oder die gegen die guten Sitten verstoßende Erklärung. Einen rechtsgeschäftlichen Inhalt haben beide Erklärungen; wegen dieses Inhaltes gerade sind sie unwirksam, sind sie ohne Rechtsfolgen. In dieser Unwirksamkeit dokumentiert sich gerade ihr Inhalt. Der Erfolg ist immer abhängig vom Inhalt. Der Inhalt der Willenserklärung deckt sich wohl mit dem Inhalt des Erfolges im Sinne seines Verlaufs, aber er bestimmt diese Beschaffenheit des Erfolges und ist deshalb nicht der Erfolg selber.

---

[1]) Henle, Treu u. Glauben im Rechtsverkehr S. 24/5
[2]) Henle. LB. S. 77.
[3]) Titze: Lehre vom Mißverständnis 1910
[4]) Danz: in Jh. Jb. 46. 430 f. Dagegen R.G. 88. S. 284.
[5]) Vergl. Henle, Irrtum über die Rechtsfolgen.
[6]) Vergl. Manigk. Irrtum S. 119. „Irrtum u. Auslegung". 1918.

Immerhin ist die Titzesche Ansicht nicht so absurd, wie sie der Einwand, sie identifiziere Ursache und Wirkung, zu erkennen geben möchte. Denn wenn Henle[1]) lehrt, daß die Willenserklärung nicht deshalb einen Rechtserfolg auslöst, weil der Wille des Erklärenden etwa auf diesen Erfolg gerichtet sei, sondern die Willenserklärung sei das Rechts-„geschäft", sei in sich der Rechtschaffende Akt, „Rechtsgeschäft sei das, was Recht schafft", dann erkennt man, daß Titze wohl etwas Richtiges vorgeschwebt haben kann; aber gelungen ist ihm seine Theorie nicht. Die herrschende Lehre[2]) hält denn auch weiter daran fest, daß unter dem Inhalt einer Willenserklärung etwas anderes zu verstehen ist als deren Rechtsfolgen. Allerdings muß daran festgehalten werden, daß der Inhalt einer Willenserklärung sich auf die Rechtsfolgen richten[3]) muß, sonst hat man es mit bloßer Gefälligkeit und gesellschaftlicher Konvention zu tun[4]), und würde sich das Wesen der juristischen Willenserklärung verflüchtigen[5]).

§ 11.

Stillschweigende Willenserklärung.

So lange es nicht gelingt, eine zutreffende Definition[6]) vom Begriff und Tatbestand der Willenserklärung zu geben, muß ein Versuch, die Gewährleistung als in und mit der Willenserklärung gewollt erklärt nachzuweisen, fehlschlagen. Daher auch der fehlsame Versuch an Hand der Danz-, Titzeschen Auffassung.

Man findet bei R. Leonhard[7]) und Henle eine Auffassung vom Begriff der Willenserklärung, die befriedigen kann und nicht die Schuld in sich trägt, wenn sie die Gewährleistung nicht zu ergreifen vermag. Es wäre zu prüfen, ob aus ihr die Frage nach einer stillschweigenden Regelung der Gewährleistung durch die Parteien beantwortet werden kann. Leonhard versteht unter dem Inhalt einer „Willenserklärung" als solcher „denjenigen Gedanken[8]), welchen die Person, zu deren Kenntnisnahme die Äußerung bestimmt ist, unter Be-

---

[1]) Henle LB. S. 42.

[2]) Vergl. R.G. 88. 284. Ennec. I. 1. § 157. I. c. Anm. 5. v. Tuhr. 2 1. S 544.

[3]) Manigk. Irrtum S. 264 f.

[4]) Henle. Vorstellungstheorie S. 267.

[5]) Henle. Vorstellungstheorie S. 284.

[6]) Vergl. die Untersuchung über den „Tatbestandsbegriff der Willenserklärung im Sinne des B.G.B." Diss. von Kleinefeld, Referent Fr. Leonhard 1926, deren Ergebnis den in dieser Arbeit vertretenen Auffassungen voll entspricht.

[7]) R. Leonhard: „Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge" 1907.

[8]) Leonhard a. a. O. S. 85.

nutzung aller ihr zugänglichen Auslegungsmittel als Ziel der Erklärung entnehmen kann". Prägnanter hat Henle seine Formulierung dahin gefaßt: Inhalt der Willenserklärung sei „derjenige Gedanke, den die Erklärung in sich trägt"[1]), und versteht dabei unter „Gedanke" denjenigen, „welchen jeder, der die Worte wahrnimmt, unter Anwendung der Sprachregeln zunächst aus ihnen entnehmen muß"[2]).

Mögen diese Definitionen als solche befriedigen, so geben sie doch gleichzeitig zu erkennen, daß die Willenserklärung der Kaufvertragsparteien für eine Gewährleistung so lange nichts hergibt, als diese nicht in der Form enthalten ist, in der der Gedanke der Parteien seinen Ausdruck findet. Denn die Gewährleistung steht nur dann oder deshalb in Frage, wenn oder weil die Parteien sie nicht zum Ausdruck gebracht haben. Um mit Leonhard zu reden, braucht und kann der Verkäufer als Ziel der Erklärung des Käufers „zu kaufen" selbst unter Benutzung aller ihm zugänglichen Auslegungsmittel nicht den Gedanken entnehmen, der Käufer verlange eine Haftung für diese oder jene Mängel. Man darf sich an der Zustimmung zu dieser Behauptung nicht dadurch hindern lassen, daß heute jeder Käufer auf Grund des gegebenen Gesetzes mit der Gewährleistung rechnet. Es fragt sich vielmehr, warum denn die Gewährleistung Platz greift, wieso der Käufer damit rechnen kann, daß sie wirksam ist. Und da steht eben soviel fest, daß er nicht deshalb mit ihr rechnen kann, weil sie etwa stillschweigend von ihm gefordert, vom Verkäufer akzeptiert und dadurch zum Vertragsinhalt gemacht ist. Es geht andererseits die Tatsache, daß man auch stillschweigend einen Gedanken äußern kann, nicht so weit, daß man auf das Zutagetreten des Bewußtseins des Erklärenden, einen solchen Gedanken zu äußern, verzichten könnte. Der Unterschied[3]) zwischen stillschweigender und ausdrücklicher Willenserklärung besteht nur in der Beschaffenheit des äußeren Erklärungstatbestandes, nicht in dem psychologischen Moment. Dieses ist bei beiden Erklärungsarten das gleiche[4]). Ohne das Bewußtsein des Erklärenden, daß in seinem Verhalten eine Willenserklärung zu erblicken sei, ist eine stillschweigende Willenserklärung ebenso undenkbar wie eine ausdrückliche[5]). Eine stillschweigende Willenserklärung bleibt immer ein rechtsgeschäftliches Verhalten, in welchem objektive Betrachtung einen rechtsgeschäftlichen Willen „verraten" sehen kann und muß. Und was von der

---

[1]) Henle. Irrtum ü. d. Rf. S. 21/2. G.G.A. 1908. S 430.
[2]) Leonhard a. a. O. S 85.
[3]) Henle, Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung S. 12.
[4]) Vergl. Manigk, Willenserklärung S. 299. Oertmann, Geschäftsgrundlage. S 31.
[5]) Vergl. Anm. 4.

gesamten Erklärung gilt, gilt auch von Teilen der Erklärung. Wird mit dem erforderlichen Bewußtsein ausdrücklich oder stillschweigend erklärt, man kaufe, aber an Gewährleistung nicht gedacht, dann ist Inhalt der Willenserklärung das „Kaufen" und die Gewährleistung nicht mehr als gewollt erklärt, eben überhaupt nicht erklärt.[1]) Die Gewährleistung als gewollt erklärt anzusprechen beruht nur wieder auf der T i t z e schen bereits widerlegten Ansicht, zum Inhalte einer Willenserklärung gehörten automatisch die Rechtsfolgen. Wirkung kann nur haben, was als gewollt erklärt ist. Greift dennoch eine Gewährleistung Platz, so eben nicht, weil sie als gewollt erklärt und auf dem rechtsgeschäftlichen Wege der Erklärung und Annahme in den Vertragsinhalt eingegangen ist, sondern von Gesetzes wegen als Ergänzungsnorm wirksam ist[2]). „Es[3]) ist (auch) nicht so, daß das dispositive Recht den Willen der Parteien wiedergäbe, daß z. B. alle Rechtsfolgen eines Kaufes, auch die, an die die Parteien tatsächlich nicht gedacht haben oder nicht denken konnten, als von ihnen gewollt zu gelten haben, weil sie sich über Kaufsache und Preis geeinigt haben".

Diese Ausführungen sind wiederum bedeutsam für die Stellungnahme gegen die S ü ß sche Auffassung, auch ein virtueller, nicht einmal stillschweigend geäußerter Wille müsse in der Willenserklärung seine Beachtung finden[4]).

Ein solches Bewußtsein, daß sich aus seinem rechtsgeschäftlichen Verhalten der Wille ergebe, der Verkäufer solle haften für die Beschaffenheit der Sache, fehlt dem Käufer schon aus dem Grunde, weil er meistens an die Notwendigkeit solcher Vereinbarung gar nicht denkt. Denn gäben ihm Zweifel über die Beschaffenheit der Sache eine solche Überlegung an die Hand, dann würde er entweder gar nicht kaufen wollen oder sich durch eine aktuelle Bedingung sichern. Niemals würde er sich bei vollem Bewußtsein mit seiner inneren Vorstellung begnügen. Mithin kann die Gewährleistung gemäß der Auffassung vom Inhalt einer Willenserklärung auch nicht als mittels stillschweigender Erklärung von den Parteien zum Vertragsinhalt erhoben angesprochen werden.

§ 12.

Ergänzende Auslegung.

Es war schon oben S. 22 im Zusammenhang mit der Auslegung einer Willenserklärung auf die sog. ergänzende Auslegung

[1]) v. Tuhr II. 1. S. 544.
[2]) Vergl. Henle LB. S 47.
[3]) v. Tuhr a. a. O. S. 544.
[4]) Vergl. dazu die Betrachtung v Tuhrs (S 544. Anm. 50) über den „problematischen Willen", — der meistens gar nicht einmal vorhanden sei.

hingewiesen, der Ennecceru s[1]) und v. Tuhr[2]) die Aufgabe zuweist, die Willenserklärung nicht sowohl auszulegen als eben zu ergänzen[3]). Hierzu weist Henle[4]) jedoch nach, daß es sich im Sinne des Wortlautes nicht um eine Ergänzung von Rechtsfolgen handelt, die die Vertragspartner völlig außer Acht gelassen haben; denn man könnte in Versuchung kommen, kurzweg alles das gelten zu lassen, was die Parteien damals bestimmt haben würden, also einen mutmaßlichen Willen dem wirklichen gleichzusetzen. Das aber sei keine Auslegung der Willenserklärung mehr, sondern eine neue Art der Hinzufügung, der der gesetzliche Anhalt fehle. Die ergänzende Auslegung sei entweder Aufdeckung von stillschweigend Erklärtem, also Auslegung schlechthin, oder ein Widerspruch in sich.

Man kann aber aus dem Zweck eines Vertrages oder der Natur eines Schuldverhältnisses, wie sich beides objektiv in den von den Parteien getroffenen Abmachungen darstellt, fernere stillschweigende Bestimmungen ableiten, auch wenn die Parteien speziell an solche Bestimmungen nicht gedacht haben. Die Sanktion zu dieser Maßnahme erteilt der Gesetzgeber z. B. in § 269,1, noch eindeutiger in § 328,2, wo aus dem Zweck des Vertrages entnommen werden darf, ob die eine oder die andere Rechtsfolge von den Parteien gewollt ist. Hier handelt es sich aber nachdrücklich darum, zwischen mutmaßlichem und stillschweigend erklärtem Willen zu unterscheiden. Ein mutmaßlicher Wille hat nirgends im Gesetz Berücksichtigung gefunden in dem Sinne, daß er, ohne sich erklärt bezw. verraten zu haben, Rechtsfolgen soll auslösen können; und nirgends hat der Gesetzgeber die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit mutmaßlichen Willens statuiert. Sondern wenn das Gesetz wie in § 328,2 gestattet, mangels von den Parteien gegebener Hinweise aus dem Zweck eines Vertrages die Frage zu beantworten, wie es mit der Regelung nicht erörterter und nicht bedachter Rechtsfolgen zu halten sei, dann will es nur solche Ergänzungen der Willenserklärung vorgenommen wissen, die die Kritik des Vertragszweckes als in den Willenserklärungen der Parteien stillschweigend geschlossen, also verraten erkennen läßt. Dabei ist der „Zweck eines Vertrages die von den Parteien für ihre Interessen gesetzte Gleichung“[5]). Aus dem Zweck eines Vertrages muß es erhellen, wie sich die Parteien die völlige Abwicklung ihrer angebahnten Beziehungen vorgestellt haben, was sie bestimmt haben würden, wenn sie an die Notwendigkeit der Vornahme auch der unterbliebenen Regelung gedacht hätten. Aus dem unmittelbaren Geschäftszweck

[1]) Ennec. § 192. II
[2]) v. Tuhr 2. 1. S 545.
[3]) Vergl. Lehmann Allg. Teil. § 30 VI. 5 b.
[4]) Henle LB. S 127.
[5]) Henle LB. S. 128.

des Vertrages muß das erhellen, nicht aus den mittelbaren weiteren Parteizwecken, die jeder Teil für sich mit dem unmittelbaren Vertragszweck verfolgt. Daher kann man aus dem unmittelbaren Zweck des Vertrages[1]) zwischen Mieter und Vermieter, der Mieter dürfe sich statt des schweren eisernen Hausschlüssels einen Aluminiumschlüssel anfertigen lassen, folgern, daß der Mieter den Aluminiumschlüssel bei Beendigung des Mietverhältnisses an den Vermieter herauszugeben habe. Denn unmittelbarer Zweck des Vertrages war, den Mieter der Unannehmlichkeit zu überheben, dauernd den schweren eisernen Schlüssel mit sich herumtragen zu müssen. Dieser Zweck hat nur die Dauer des Mietverhältnisses im Auge. Darüber hinaus hat der Besitz des Aluminiumschlüssels für den Mieter kein Interesse mehr, wohingegen dann der Vermieter alsbald ein lebhaftes Interesse daran gewinnt, daß der Hausschlüssel nicht in unberufene Hände gelangt. Dem Zweck des Vertrages ist also — man möchte sagen — logisch immanent die Rückgabe des Schlüssels an den Vermieter bei Beendigung des Mietverhältnisses.

In diesem Sinne ist einem Kaufvertrag, dessen unmittelbarster Zweck in dem entgeltlichen Austausch von Waren und Geld besteht[2]), keinesfalls logisch der Zweck immanent, daß der Verkäufer Gewähr leiste. Es verhält sich mit dieser Immanenz ähnlich der Analogie der Rechtsnormen: in gleicher Weise, wie die durch Analogie zu findenden Rechtsnormen im Gesetz stillschweigend beschlossen sind, sind auch die durch Auslegung eines Vertragszweckes zu findenden Ergänzungen privater Willenserklärungen stillschweigend in diesen letzteren beschlossen. Die Gewährleistung ist nicht in dieser Weise in den Kaufvertragserklärungen beschlossen.

§ 13.

Oertmanns Geschäftsgrundlage.

Mit Oertmann könnte man versucht sein, den Grund der Gewährleistung außerhalb des Geschäftsinhaltes in der Geschäftsgrundlage zu suchen. Das verbietet aber zunächst allgemein die Bewertung des Begriffes der „Geschäftsgrundlage". Oertmann geriet mit derselben in einen nicht zu beseitigenden Konflikt mit dem bloßen Motiv. Trotz seines Bestreitens kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß ihm die klare Unterscheidung eines bloßen Motivs von einem Umstand, auf den die Parteien im Geschäftsinhalt erkennbar Bezug genommen haben, nicht gelungen ist. Überdies kann die jeweilige Frage, ob eine solche Bezugnahme gegeben ist, niemals genau beantwortet werden.

[1]) Beispiel bei Henle LB. S. 128.
[2]) Oertmann Rechtsordnung S. 185.

Da Oertmann ferner die Geschäftsgrundlage streng vom Geschäftsinhalt scheidet, sieht er sich, gerade was die Gewährleistung betrifft, genötigt, den Fall der Haftung für zugesicherte Eigenschaften des § 459,2 von der Gewährleistung auszunehmen, da die Zusicherung einer Eigenschaft nach allgemeiner Auffassung Bestandteil des Kaufvertrages selbst ist, zu seinem Inhalt gehört. Er sagt für diesen Fall der Zusicherung einer Eigenschaft selbst: „Mit dem Gesichtspunkt der Vertragsgrundlage hat dieser Fall nichts zu tun; denn die Zusicherung einer Eigenschaft ist nicht bloße Grundlage, sondern ein Bestandteil des Kaufvertrages“[1]). Wenn aber selbst eine Zusicherung nach § 459,2 gemäß der oben vertretenen Auffassung keinen Garantiecharakter hat, sondern nur bloße Gewährleistung zur Folge hat, dann ist nicht einzusehen, warum der Grund der Gewährleistung in § 459,2 ein anderer sein soll als der in Abs. 1. Die Gewährleistung kann nur einen einheitlichen Rechtsgrund haben, und den kann die „Geschäftsgrundlage“ nach Oertmanns eigener Angabe nicht abgeben.

Folgendes weiteres Bedenken läßt die Geschäftsgrundlage als zweifelhaften Begriff erscheinen: Oertmann verlangt, daß im äußeren Tatbestand des Geschäftes erkennbar auf sie Bezug genommen, daß sie vom Gegner auch in ihrer Bedeutsamkeit erkannt sein muß. Wann wird man klar behaupten können, Käufer und Verkäufer hätten in ihren Abreden auf die Fehlerlosigkeit der Kaufsache erkennbar Bezug genommen? Oertmann gibt selbst zu, daß der Käufer selber nicht selten eine nur „abgeblaßte Vorstellung“ von der Fehlerlosigkeit der Sache habe. Dennoch verlangt er, der Verkäufer solle diese abgeblaßte Vorstellung des Käufers erkennen. Für Einzelfälle wird die Entscheidung der Frage, ob die Geschäftsgrundlage beiden Parteien zum klaren Bewußtsein gekommen und auf sie Bezug genommen worden ist, oft an der Zweideutigkeit der Tatsachen und der Schwierigkeit ihrer Bewertung scheitern. Man kann ein bloßes Motiv, als welches sich die Vorstellung des Käufers von der Beschaffenheit der Kaufsache darstellt, nicht dadurch zu einem beachtlichen Willensfaktor machen, daß man statuiert, es sei, wenn der Verkäufer es erkenne, zur Geschäftsgrundlage geworden und habe nun um der beiderseitigen Kenntnis willen die Rechtswirksamkeit, die ein bloßes Motiv wegen seiner Einseitigkeit nicht haben kann[2]). Beiderseitige Kenntnis ändert am Charakter des Motivs schon rein logisch nichts.

---

[1]) Oertmann, Geschäftsgrundlage S. 75.
[2]) Vergl. Lenel, A.Z.P. 79., 51.

III. Abschnitt.
Politische Begründungen.
§ 14.
I. Teil.
Erwartung des Käufers.

Nach allem ist jeder Versuch, aus der gesetzlichen Normierung des Kaufes, aus seinem Wesen, aus seinem Existenzminimum, ferner jeder Versuch, aus dem Inhalt und der Beschaffenheit der rechtsgeschäftlichen Parteiabreden, solange eben nur von „Kaufen" und „Verkaufen" die Rede ist, auf die Verpflichtung zur Gewährleistung zu schließen, gescheitert. Weder Gesetz noch Vertragsinhalt ergeben etwas über den Grund der Haftung. Daraus erklärt sich auch wohl das Schweigen der größten Zahl der Schriftsteller über diesen Punkt[1]). Oder man findet nur Behelfe, die mit den Begriffen der Billigkeit[2]), Zweckmäßigkeit, von Treu und Glauben[3]), also mit rechtspolitischen Erwägungen arbeiten, mit denen letzten Endes jede Rechtsnorm zu begründen ist. Ausführliche dogmatische Begründungen finden sich, von Henle und Süß abgesehen, so gut wie nirgends. Ist es aber Aufgabe, eine dogmatische Begründung zu finden, so darf umso weniger auf die rechtspolitische verzichtet werden, als die dogmatische nur aus ihr verstanden werden kann.

Die in der Literatur angestellten rechtspolitischen Untersuchungen stellen entweder einseitig auf die Interessenlage des Käufers[4]) ab oder betrachten das objektive Verhältnis von Leistung und Gegenleistung.

Eingehende Erörterungen, die den Käufer und seine Erwartung bezw. sein Interesse im Auge haben, finden sich von Wolff in Iher. Jahrb. Bd. 56 angestellt. Wolff übergeht in ihnen eindeutig und bewußt jedes Willensmoment des Käufers und verschließt sich damit den Blick über eine politische Stellungnahme hinaus zu einer tieferliegenden dogmatischen. S. 12 führt er aus: „Auch befindet man sich auf unsicherem Boden, wenn man mit dem Willen des Käufers operiert; und es bedarf dessen nicht!" Vielmehr stellt er S. 12 und 13 ausschließlich auf die Erwartung des Käufers ab und liefert damit das Prototyp aller in der Literatur herausgestellten, auf das Interesse des Käufers abzielenden rechtspolitischen Begründungen für die Institution der Gewährleistung. Die derart pointierte Begründung ergibt sich aus folgenden Gedankengängen:

---

[1]) Goldmann-Lilienthal, Cosack, Kohler, Ennecc.
[2]) Crome. System § 220. 3.
[3]) Endemann. § 161. 1. a
[4]) Wolff S. 13. Studemund S. 26. Lippmann A.Z.P. 102 342.

Zu den Essentialien eines Spezieskaufes gehört nicht die Verpflichtung des Verkäufers, eine mangelfreie Sache zu liefern, sondern der Verkäufer ist nur gehalten, die verkaufte Sache zu übergeben und zu übereignen, sie mag beschaffen sein, wie sie will[1]). Der Käufer aber ist verpflichtet, diese Sache abzunehmen, also auch wenn sie mangelhaft ist,— es sei denn, er wandelt zuvor, — und muß den vereinbarten Kaufpreis in voller Höhe, „in gutem Gelde“[2]) bezahlen. Selbstverständlich aber hat der Käufer sein Gebot nur in der Höhe abgegeben, die er dem Wert des zu kaufenden Gegenstandes für angemessen hält; der Wert dieser Sache stellt sich ihm dar, so wie er sie bewertet, wie er sie kennt, ihre Beschaffenheit voraussetzt, also fehlerfrei, jedenfalls frei von unbekannten Mängeln. Im Hinblick auf den angenommenen Wert, auf die vorgestellte und vorausgesetzte Beschaffenheit kauft er überhaupt oder kauft er zu dem gebotenen Preise und erwartet deshalb, daß er die Sache in dem vorausgesetzten Zustande erhält. Wenn der Verkäufer dem Käufer versichert, das Haus sei schwammfrei, so kauft dieser das Haus zu dem gebotenen Preise nur in der berechtigten Annahme, das Haus sei ihm wegen seiner Schwammfreiheit auch wirklich den gebotenen Preis wert; keinesfalls würde er denselben Preis bieten, — eventuell würde er überhaupt nicht kaufen wollen, — wenn er wüßte, das Haus enthalte Schwamm. Seinem Willen entspricht es nicht, die von ihm eingegangene Verpflichtung auch für den Fall zu übernehmen, daß ihm eine ganz oder teilweise untaugliche oder mangelhafte oder eine Sache ohne die zugesicherten Eigenschaften geliefert wird. Einen solchen Willen des Käufers kann man nicht unterstellen, ohne seinem wirklichen Willen Gewalt anzutun. Vielmehr ist es sein selbstverständlicher Wille[3]), die Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage nur für den Fall zu übernehmen, daß die Sache tauglich und mangelfrei ist[4]). Seine Erwartung von der Beschaffenheit der Kaufsache war maßgebend für die Höhe seines Gebotes oder dafür, daß er überhaupt bot. Somit liegt der eigentliche Grund[5]) der Gewährleistung nach seiner rechtspolitischen Tendenz hin in der Erwartung des Käufers von der Beschaffenheit der Kaufsache. Wandlung und Minderung hat der Käufer[6]), weil die Vorstellungen, die er sich von der Beschaffenheit der Kaufsache gemacht hatte, irrige waren.

Die unumgängliche Abgrenzung der Art der Vorstellungen des Käufers, die in diesem Sinne im Gegensatz zu bloßen Motiven

---

[1]) Vergl. o. S. 8 ff.

[2]) Vergl. Schneider, Archiv für bürg. Recht 41. S. 455.

[3]) Wolffs Betrachtung kann doch nicht völlig vom Willen des Käufers absehen, wiewohl Wolff S. 12 sagt, man befinde sich mit ihm auf unsicherem Boden.

[4]) Wolff S. 11.

[5]) Wolff S. 13. Lippmann A Z P. 102 342.

[6]) Studemund S. 26.

Berücksichtigung verdienen, wird mit dem Postulat der „Berechtigung" solcher Vorstellungen gezogen. Denn es kann nicht darauf ankommen, was man sich vorgestellt hat[1]). Das hieße der Interessenlage des Verkäufers viel zu nahe treten. Sondern darauf kommt es an, was der Käufer nach Treu und Glauben dem Gegner gegenüber vorauszusetzen berechtigt war. Dieses Attribut der Berechtigung charakterisiert die Erwartungen, die man nach § 459 im allgemeinen und auf Grund des speziellen Vertragsinhaltes hegen darf.

Ist nun aber eine derartige Vorstellung von der Beschaffenheit einer Sache ein höchst subjektives und individuelles psychologisches Moment und überdies als solche im Rechtssinne weder berechtigt noch unberechtigt, so kann doch die Rechtsordnung die Berechtigung solcher Vorstellungen nicht ignorieren, wenn sie nicht den Begriff des Wollens von Vorstellungen und Gedanken abstrahieren will. Nur darf die Rechtsordnung nicht auch solche Vorstellungen respektieren und als berechtigt und wirksam anerkennen, die der Allgemeinheit abwegig und absurd erscheinen, sondern muß im Interesse der Rechtssicherheit den Begriff der Berechtigung einer Vorstellung objektiv[2]) fassen, indem sie solche Vorstellungen als berechtigt respektiert, „die in gleicher Lage und unter den gleichen Umständen auch jeder andere mit gleicher Sachkenntnis ausgerüstete Käufer voraussetzen würde und dürfte"[3]).

Derartige Voraussetzungen des Käufers wird meistens, wenn nicht stets der Verkäufer erkennen oder vermuten. Wenn es nach Wolff danach gehen soll, daß und ob andere Käufer die gleichen Erwartungen gehegt hätten, dann ist in diesem objektiven Moment die genügende Gewähr geboten, daß auch dem Verkäufer diese Erwartung erkennbar sein konnte und man nichts Unbilliges von ihm verlangt, wenn man ihn auf eine einseitige Erwartung des Käufers festlegt; denn objektive Momente sind ihm zugänglich. Dennoch ist eine andere Formulierung mehr zu begrüßen, die spezieller den Verkäufer ins Auge faßt, wenn sie sagt, es handle sich um Voraussetzungen, „auf die der Verkäufer gefaßt sein mußte"[4]). In dieser Prägnanz der Formulierung liegt die viel umfangreichere Formel Wolffs oder Lenels[5]) in glücklicher Weise

---

[1]) Lenel. A.Z.P. 79. S. 103/4

[2]) Henle LB S. 234. „Innerhalb der Motive gibt ihre nähere Beschaffenheit als ein objektives Moment den Ausschlag."

[3]) Wolff. S. 24 Lenel. A Z.P. 79. 103: Es sind die Eigenschaften, die der Käufer nach der durch Treu und Glauben bestimmten Verkehrsauffassung auch ohne besondere Zusage an der Kaufsache dem Verkäufer gegenüber vorauszusetzen berechtigt ist. Vergl. Cosack § 188. I. 1 b., Crome § 221. 1, v. Blume Jh. Jb. 55. 215, Studemund S. 28, R-G. 67. S. 146., 97. S. 351.

[4]) Henle LB. S. 235. G. G. A. 1909. S. 594 f.

[5]) Siehe Anm. 3.

eingeschlossen und sie betont auch ihrem Wortlaut nach treffender die Billigkeit, den Verkäufer zur Haftung heranzuziehen.

Diese rechtspolitischen Gedankengänge berücksichtigen den historischen Entwicklungsgang und spiegeln dieselbe Begründung wieder, die die Römer ihrer Regelung zugrunde legten. Mit zunehmendem Marktverkehr gerieten die Käufer den Verkäufern gegenüber ins Hintertreffen, weil es ihnen angesichts der zunehmenden Fülle der angebotenen Waren immer unmöglicher wurde, sich zuvor diejenige Kenntnis der Beschaffenheit der Ware zu verschaffen, die ihnen eine angebrachte subjektive Bewertung ermöglichte. Zu ihrem Schutze gegen Übervorteilung wurden deshalb insbesondere die ädilicischen Edikte erlassen, die den Verkäufer auch ohne vorherigen Abschluß eines Stipulationsvertrages verpflichteten, über die Beschaffenheit der Kaufsache Auskunft zu geben, und den Käufer berechtigten, bei Schlechtlieferung gegen den Verkäufer mit Klagen vorzugehen. Es sind also ebenfalls die Erwartungen des Käufers von der Beschaffenheit der Ware, die das Edikt der Ädilen schützte.[1])

§ 15.

II. Teil.

Äquivalenz des Vertrages.

Auf mehr oder weniger rechtspolitischem Gebiet bewegt sich die Deduktion Süß', der unter Verbindung politischer und systematischer Gedankengänge eine dogmatische Begründung für die Gewährleistung zu geben unternimmt. Um der politischen Betonung seiner Darstellung willen mag diese in diesem Teil der Theorie gegenübergestellt werden, die in einseitiger Weise auf die Erwartung des Käufers abstellt, wie im vorigen Teil dargelegt.

Süß hat das objektive Moment des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung im Auge und macht die vertragliche Äquivalenz zum Grund und Ziel der Gewährleistung. Man kann darin eine mehr systematische Anschauungsweise sehen, während durch Einflechtung des Begriffes der Zumutbarkeit ein politisches Moment in seine Betrachtung gerät. Auf seine dogmatische Theorie wird im nächsten Abschnitt einzugehen sein.

Es ist das Verdienst Süß', durch seine strikte Scheidung zwischen Erfüllungspflicht und Gewährleistung und durch die Verlegung der Betonung vom einseitigen Standpunkt der käuferischen Erwartung auf das zweiseitige Moment der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung das Wesen der Gewährleistung klar und eindeutig herausgestellt und dargetan zu haben, daß die Orien-

[1]) Vergl. Bechmann II. S. 448. Dernburg II. § 183. RG. 67. S. 88.

tierung über das Wesen der Gewährleistung unter dem Gesichtspunkt der Äquivalenz des Vertrages die erfolgreichste, wenn nicht einzig mögliche ist. Das haben seine Ausführungen den früheren, auch W o l f f schen voraus, daß sie Wesen und Zweck der Gewährleistung klargelegt haben, wie es nicht trefflicher geschehen konnte. Wenn deshalb im Folgenden eingehend die S ü ß sche Anschauung wiedergegeben wird, so nicht nur deshalb, um die Voraussetzung für die spätere Auseinandersetzung zu schaffen, sondern um das Wesen der Gewährleistung noch einmal klarer zu erkennen zu geben, als es bislang geschehen konnte.

Hat[1]) die Kaufsache bei Vertragsschluß einen Mangel, den der Käufer nicht kennt, dann bietet er für die Sache einen Preis, der höher ist als der Wert, den sie für ihn hat, — einen Preis, der nach seinem subjektiven Maßstab nicht der für ihn bereit gehaltenen Gegenleistung entspricht. Der Preis entspricht vielmehr seiner Bewertung der Sache als einer mangelfreien. Damit ist dann aber das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung, das Gleichgewicht des synallagmatischen Vertrages gestört und somit Zweck und Sinn[2]) des gegenseitigen Vertrages verfehlt. Es liegt dann ein objektives Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vor, eine t a t s ä c h l i c h e Inäquivalenz. Kennt der Käufer dagegen den Mangel bei Vertragsschluß, dann kommt es zu einem solchen Mißverhältnis nicht, denn dann bestimmt der Käufer seine Gegenleistung in einer dem Mangel Rechnung tragenden Weise. Ist dagegen die seitens des Käufers wegen seiner Unkenntnis des Mangels zugesagte Leistung höherwertig als der Wert der Sache im mangelhaften Zustande, dann liegt eine subjektiv aufzufassende Ungleichheit der zum Austausch bestimmten Werte vor, eine tatsächliche Inäquivalenz. Der Käufer hat sich die zum Austausch bestimmten Werte als gleichwertig vorgestellt; andernfalls würde er keinen Austausch vornehmen wollen. Es liegt die gleiche tatsächliche oder wirtschaftliche Inäquivalenz vor wie beim Werkvertrag, wenn die bestellte Sache einen Mangel hat. Während jedoch beim Werkvertrag die r e c h t l i c h e Äquivalenz dem Besteller den Anspruch auf Beseitigung des Mangels gibt, hat der Käufer einer mangelhaften Sache, wie oben ausgeführt, keine Möglichkeit, von dem Verkäufer die Herstellung der tatsächlichen Äquivalenz zwischen seiner zu hohen Geldleistung und der minder werten Sachleistung zu verlangen. Denn er hat keinen Anspruch auf Erfüllung oder Nachbesserung oder Ersatzleistung (beim Spezieskauf!) oder auf Schadensersatz. Er muß sich immer entgegenhalten lassen, der Verkäufer habe voll erfüllt, er

---

[1]) Süß S. 53. 131.

[2]) Krückmann A.Z.P. 131. S. 73: „Verfehlung der Äquivalenz ist bei einem gegenseitigen Vertrage echte Zweckverfehlung".

schulde nichts weiter als die wenn auch mangelhafte Sache. Somit scheitert die Herstellung der tatsächlichen Äquivalenz an der mangelnden rechtlichen Äquivalenz der beiderseitigen Verpflichtungen. Das Gesetz versagt dem Käufer den Anspruch auf eine der erbrachten Geldleistung äquivalente Gegenleistung, — die Gegenleistung, die der Käufer gemäß seiner Abrede mit dem Verkäufer nach Recht und Billigkeit von diesem zu erwarten berechtigt sein muß. Der Erfüllungsanspruch des Käufers ist erschöpft mit der Lieferung der mangelhaften Sache. Und da aus geleisteter Erfüllung auch keine weitere Ersatzleistung geschuldet werden kann, ist auch eine Forderung auf eine Schadensersatzleistung allein logisch undenkbar. Für diesen Fall der rechtlichen Inäquivalenz, unter der die Interessen des Käufers in einer rechtspolitisch nicht zu rechtfertigenden Weise zu leiden hätten, stellt die Rechtsordnung dem Käufer als rechtliches Korrelat zum Zwecke des Ausgleichs den Anspruch auf Wandlung oder Minderung zur Verfügung, mit dem der Käufer in der Lage ist, die tatsächliche Äquivalenz, in deren Voraussetzung er den Vertrag schloß, herzustellen.

Diese klaren und einleuchtenden Gedankengänge finden sich schon bei Krückmann[1]) angedeutet, der das Recht zur Wandlung und Minderung den „reinsten Ausdruck der den gegenseitigen Vertrag beherrschenden Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung" nennt. Er stellt sie unter dem Bild der Waage vor: Weil bei unverschuldeter Mangelhaftigkeit der Verkäufer nicht gezwungen werden soll nachzuleisten oder auszubessern, also auf seiner Schale das Fehlende zuzulegen, nimmt man, um das Gleichgewicht zwischen beiden Schalen herzustellen, von der Schale des Käufers etwas Entsprechendes herunter, d. h. der Kaufpreis wird gemindert. Durch die Wandlung wird der Vertrag aufgelöst und ebenfalls die Gleichgewichtslage hergestellt, solchenfalls eben O gleich O. Das Recht nimmt also die mangelhafte Leistung als unabänderliche Tatsache hin, zieht daraus aber seine Folgerungen für die Pflicht des Käufers und erlaubt ihm, sich seinen Pflichten in entsprechender Weise zu entziehen. Das Kaufrecht gibt mithin dem Käufer „einen Anspruch aus der Äquivalenz und auf die Äquivalenz".[2])

Aus dieser rechtlichen Inäquivalenz erklärt sich vollends und eindeutig der Begriff der Gewährleistung und scheidet er sich scharf von der Erfüllungspflicht. Diese ist die Pflicht,[3]) einen im Vertrag festgelegten Erfolg herbeizuführen, eine auf Grund rechtsgeschäftlicher Vereinbarung geschuldete Leistung zu bewirken. Die

---

[1]) Krückmann. Institutionen 5. A. S. 38 f. Süß S. 54. (insbes. Anm. 1.)
[2]) Krückmann. A.Z.P. 131. 93.
[3]) Süß S. 19.

Gewährleistung dagegen geht darauf, für einen Zustand einzustehen, Rechtsnachteile auf sich zu nehmen, obwohl man erfüllt hat, obwohl man nicht verpflichtet ist, den gewährleisteten Zustand zu erbringen. Hat die Kaufsache Mängel, die dem Käufer bei Vertragsschluß unbekannt waren, dann ist das Gleichgewicht des synallagmatischen Vertrages und hiermit der typische Geschäftszweck eines gegenseitigen auf Austausch gerichteten Vertrages gestört. Der Käufer hätte die Sache nicht in der gebotenen Höhe seines Entgelts bewertet, er hätte vielleicht überhaupt nicht gekauft, wenn ihm der Fehler der Sache bekannt gewesen wäre. Nun aber, zufolge der irrigen Bewertung, zufolge der Mangelhaftigkeit der Sache ist der Vertrag für ihn ohne Interesse, sinnlos. Ein gegen den Grundsatz der gleichen Bewertung verstoßender auf Austausch gerichteter Vertrag muß sinnlos[1]) genannt werden, und dem übervorteilten Käufer muß der Rechtsbehelf der Gewährleistung „nachträglich" als Regulativ „von Amts wegen" zur Verfügung gestellt werden. Der Käufer hat keine andere Möglichkeit zur Wahrung seiner berechtigten Interessen. Er kann nicht auf Mangelfreiheit, auf Nachbesserung klagen und hat keinen Schadensersatzanspruch. So bleibt nur übrig, die ungleiche Lage der beiderseitigen Interessen, das erschütterte Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung trotz voller Erfüllung auszugleichen durch die Rechtsvorteile, die der Gewährleistungsanspruch dem Käufer zubilligt.

Legt man in dieser Weise die rechtliche Inäquivalenz der Betrachtung des Wesens der Gewährleistung zugrunde, so ergibt sich, daß die Gewährleistung überall da vorliegt, wo dem Gläubiger der Sachleistung sei es aus dem Wesen und rechtsgeschäftlichen Inhalt des Vertrages, sei es aus einem zusätzlichen Garantievertrag keine Erfüllungsansprüche zur Verfügung stehen, um sämtliche Ansprüche gegen den Schuldner durchzusetzen, die ihm aus rechtspolitischen Billigkeitsgründen zustehen müssen. Leistungs-[2]) bezw. Erfüllungspflicht ist mithin nicht[3]) Voraussetzung der Gewährleistung und auch nicht der übergeordnete Begriff, sondern beide Begriffe schließen einander aus. Gewährleistung ist nur da denkbar, wo keine Erfüllungspflicht besteht, und ist gerade deshalb am Platze, weil eine solche fehlt: um die sonst nicht anders zu beseitigende Gleichgewichtsstörung zu beheben. Bei der Garantiepflicht dagegen hat der Käufer die nötigen Rechtsbehelfe, um seine Interessen in der äquivalenten Höhe und Weise zu wahren. Er hat die ihm gerade mittels des Garantieversprechens zugestandenen erforderlichen Erfüllungsansprüche, mittels deren er vom Schuldner

---

[1]) Krückmann S. 11. 12.
[2]) Süß S. 191.
[3]) Anderer Meinung. R.G. Komm. zu 459.

verlangen kann, daß dieser eine Leistung erbringt, die seiner eigenen Bewertung nach Maßgabe des dafür hingegebenen Entgelts entspricht. Deshalb ist Gewährleistung und Garantie etwas ganz Verschiedenes, nicht wie Wolff annimmt, Identisches. Wolff täte besser, sich für den Fall der Garantie mit einem der von ihm synonym gebrauchten Begriffe von „Gewährleistung" und „Garantie", nämlich mit „Garantie" zu begnügen und als Gewährleistung schlechthin zu bezeichnen, was er nur als „uneigentliche Gewährleistung" gelten läßt.[1])

Der Garantiepakt soll gerade eine rechtsgeschäftliche Erfüllungspflicht statuieren, wo das Gesetz eine solche nicht vorgesehen hat. Deshalb liegt auch da, wo der Käufer kraft Gesetzes oder kraft eines Garantievertrages einen Erfüllungsanspruch bzw. einen Anspruch auf Nachbesserung oder auf Schadensersatz hat, eine Gewährleistung nicht vor. Demzufolge durfte der Tatbestand des § 463 nicht auf eine Gewährleistung hinauslaufen, bzw. der Überschrift „Gewährleistung" unterstellt werden, wie schon oben (S. 16) angegeben. Richtigerweise enthält dagegen der Tatbestand des § 459,2 bloße Gewährleistung; denn die Zusicherung des § 459,2, so wie sie in § 459 verwertet ist, bleibt rechtsgeschäftlich etwas Einseitiges, sie bewirkt nur einen Irrtum des Käufers. Selbstverständlich kann sie zweiseitig ausgebaut werden, wenn eben für den Fall des Nichtvorhandenseins gewisser Eigenschaften bestimmte Rechtsfolgen verabredet werden. Dann liegt eben wieder ein Garantiepakt vor. Aber nicht ohne weiteres der des § 463; denn dieser hat im Auge, daß die Sache schon bei Kaufabschluß der zugesicherten Eigenschaft entbehrt. (Süß entwickelt hier den Begriff der Verletzung der vertraglichen „Obhutspflicht",[2]) dessen Erörterung dem Zweck vorliegender Arbeit nicht entspricht.) Ein Garantiepakt stellt die rechtliche Äquivalenz her und macht eine Gewährleistung überflüssig, denn der Verkäufer ist solchenfalls verpflichtet, mangelfrei zu liefern. So wie aber der Gesetzgeber im Rahmen des § 459 von der Zusicherung von Eigenschaften spricht, kann sie nur einseitig verstanden werden[3]); es sei denn daß, wie RG. (54 S. 223) verlangt, „die Erklärung (die Zusicherung) vom Käufer vertragsmäßig verlangt und vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben werde". Dann liegt eben wieder ein Garantieversprechen vor, welches dem Käufer Erfüllungsansprüche vermittelt, so daß er der gesetzlichen Gewährleistung entraten kann.

Unter „zugesicherter Eigenschaft" wollte der Gesetzgeber eine Beschaffenheit verstanden wissen, die noch eine andere sein

---

[1]) Vergl. die Ausführungen S. 13.
[2]) Süß S. 228. ff.
[3]) Vergl. Motive 2. S. 224.

könne, als eine solche, die für gewöhnlich oder dem Vertrage nach vorausgesetzt wird. Daß eine solche Eigenschaft dennoch schon in dem Wortlaut des § 459 Abs. 1 enthalten ist, hat Studemund nachgewiesen. Den Charakter der Zweiseitigkeit trägt nur die Zusicherung des § 463. § 459 geht ganz richtig davon aus, daß durch einseitige Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft seitens des Verkäufers der Käufer einen höheren, nämlich einen der mit der zugesicherten Eigenschaft versehenen Sache entsprechenden Preis bietet. Es liegt auch hier der Gedanke zu grunde, daß infolge der Zusicherung der Eigenschaft der Käufer mehr geboten hat, als er normaler Weise geboten hätte, und daß er nun weniger erhält, als seiner Gegenleistung im Hinblick auf seine subjektive Bewertung entspricht. Also tatbestandsmäßig liegt der Abs. 2 gleich dem Abs. 1. Auch in Abs. 2 fehlt es an dem synallagmatischen Gleichgewicht, an der tatsächlichen Äquivalenz; und es fehlt ferner in Anbetracht der systematischen Regelung des „Kaufes" an der rechtlichen Äquivalenz. Der Verkäufer ist nicht verpflichtet, mit der zugesicherten Eigenschaft zu liefern. „Es ist also die kausale Beziehung zwischen zusichernder Behauptung und gebotener Gegenleistung, die hier entscheidet".[1]) Man braucht darin keineswegs einen Garantievertrag zu erblicken. Bei diesem liegt ein Rechtsgeschäft mit Erfüllungspflicht vor, entweder den garantierten Zustand — meist mittels Ausbesserung — herzustellen, oder sonst einen Ausgleich zu schaffen; bei der Zusicherung des § 459 Abs. 2 liegt nur eine ernsthafte Behauptung vor, die eine Gleichgewichtsstörung hervorrufen kann, wenn sie nicht zutrifft, weil der Verkäufer keine Verpflichtung zu einer Ausbesserung oder Ersatzleistung eingeht. Bei dem Garantievertrag kann rechtlich gar keine Äquivalenzverfehlung eintreten, weil gerade für den Fall tatsächlicher Diskrepanz zwischen Leistung und Gegenleistung Pflichten übernommen sind, die das gestörte Gleichgewicht wieder herstellen.

Zum Verständnis des Wesens der Gewährleistung in ihrer Abgrenzung von der Erfüllungspflicht auf der einen und der Garantiepflicht auf der anderen Seite sowie zum Verständnis des rechtspolitischen Grundes der Institution der Gewährleistung ist die Anerkennung erforderlich, daß der Sinn eines synallagmatischen auf Austausch gerichteten Vertrages seine tatsächliche Äquivalenz ist, und daß es in Anerkennung dieses Sinnes unsinnig wäre, den Käufer an der Inäquivalenz der Leistungen festzuhalten. Es wird ihm daher wegen der „Berechtigung" seiner Erwartung und seiner rechtlichen Benachteiligung die Gewährleistung als rechtliches Komplement zum Zwecke der Herbeiführung der tatsächlichen Äquivalenz zur Verfügung gestellt.

---

[1]) Süß S. 185.

Diese Süßsche Lehre stellt also im Vergleich mit der Wolffschen Auffassung weniger auf die einseitige Betrachtung der käuferischen Erwartung und deren Berechtigung als vielmehr auf das zweiseitige Moment der Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung ab, wobei es das Verdienst Süß' ist, die Tatsache und Bedeutung der mangelnden rechtlichen Äquivalenz klar herausgekehrt zu haben. Süß baut auf sie seine dogmatische Begründung mit dem „virtuellen Vorbehalt" auf, den es im Folgenden darzustellen gilt. Bis dahin[1]) dürfte seine Auffassung aber eher eine rechtspolitische genannt werden. Herstellung tatsächlicher Äquivalenz aus dem Gesichtspunkt materieller Benachteiligung und rechtlicher Vernachlässigung ist noch kein dogmatisches Prinzip. Die Dogmatik hat zu erforschen, welche übergeordneten Intentionen die speziellen rechtspolitischen Regelungen des Gesetzgebers erklärlich werden lassen.

IV. Abschnitt.

Der virtuelle Vorbehalt.

§ 16.

I. Teil.

Krückmanns „virtueller Vorbehalt."

Einen die Gewährleistung über rechtspolitische Gesichtspunkte hinaus begründenden dogmatischen Begriff hat Süß in dem „virtuellen Vorbehalt" (v. V.) vertreten, nachdem Krückmann[2]) diesen Begriff für die Korrektur der Windscheidschen Lehre von der „Voraussetzung" als dem Rechtsgrund der Rückforderung bei Vertragszweckverfehlung geprägt hat. Wesentlicher Inhalt der Süßschen Untersuchung ist der Nachweis, daß der Tatbestand des § 459 ein Fall des v. V. sei, daß der Käufer um seines v. V. willen die Gewährleistung seitens des Verkäufers aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben verlangen könne bzw. können müsse. Die Beobachtung, daß Süß den Begriff des v. V. so übernommen hat, wie er sich bei Krückmann findet, rechtfertigt es, daß die darstellende Wiedergabe in dieser Arbeit bei Krückmann selber einsetzt. Da, wo Süß den Begriff in Abweichung und Weiterführung gegenüber Krückmann seiner eigenen und originellen Auffassung dienstbar macht, wird die Darstellung sich an Süß anlehnen. Von einer Kritik soll dabei zu Gunsten eines besonderen Abschnittes vorerst abgesehen werden.

---

[1]) Vergl. dazu Süß S. 133.
[2]) Vergl. A.Z.P. 131. ff. Institutionen des B.G.B. V. Aufl. S. 960 ff.

Krückmann fand den Begriff des v. V. bei einer Betrachtung der Windscheidschen Voraussetzungslehre, als er in Ehrerbietung vor dem Scharfblick dieses Gelehrten, „der ein viel zu scharfer Denker gewesen sei, als daß er etwas ganz Unrichtiges formuliert hätte", nach der Vorstellung sucht, die Windscheid vorgeschwebt habe, als er seine Lehre aufbaute, und nach dem Grunde der ihr versagten Anerkennung.

Das Wesen der „Voraussetzung", sagt Krückmann mit Lenel, ist,[1]) daß dem Erklärenden ein Umstand so zweifelsfrei und gewiß erscheint, daß er deswegen keinen aktuellen, also irgendwie wirksam in Erscheinung tretenden Vorbehalt dahin gehend macht, daß er eventuell nicht so, wie erklärt, wollen würde, — daß er nicht daran denkt, man könne oder müsse einen Vorbehalt machen. Man kann also, wie Krückmann sagt, die Voraussetzung einen unterlassenen aktuellen Vorbehalt nennen, insofern als eine Erklärung, die man unter irgendeiner Voraussetzung macht, eine solche ohne Vorbehalt ist.

In diesem Sinne nannte Windscheid die Voraussetzung eine „unentwickelte Bedingung".[2]) Er nannte sie deshalb so, weil er von einem wirklichen, aktuellen Willen nicht sprechen konnte und wollte, aber einen Willen nachweisen wollte und nachweisen zu können glaubte, der in der „Voraussetzung" Beachtung verdiene. Diesen Willen, der, obwohl er nicht „wirklich" ist, beachtlich sein müsse, nannte Windscheid den „eigentlichen" Willen zum Unterschied vom „wirklichen", aktuellen Willen und glaubte ihm damit Wirksamkeit und Beachtlichkeit zusprechen zu können, daß er in ihm bzw. der Voraussetzung eine unentwickelte Bedingung sah, die, auch wenn sie stillschweigend erklärt wird, sofern sie nur dem Gegner erkennbar ist, Wirksamkeit im Sinne des Erklärenden habe. „Wenn der Erklärende an den Tag lege,[3]) daß er die rechtliche Folge nicht wollen würde, wenn er nicht annähme, daß das Vorausgesetzte wirklich sei", dann müsse er von der Gebundenheit an seine Erklärung befreit werden.

Krückmann lehnt mit der allgemeinen Auffassung die unentwickelte Bedingung ab, weil es kein Mittelding[4]) zwischen etwas geben kann, was man gewollt hat, und etwas, in Bezug worauf der Wille völlig passiv blieb. Entweder ist der Ansatz zu einer Bedingung da, dann ist ein Wille nachweisbar in Aktion getreten, oder es ist nicht einmal ein solcher Ansatz da, dann kann auch

---

[1]) Krückmann S. 1. Lenel. A.Z.P. 74, 221. 79, 53/9.

[2]) Windscheid. „Die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung" 1850. § 97. ff. Vergl. dazu Süß' Kritik S. 126.

[3]) Windscheid. A.Z.P. 78. 166/7.

[4]) Vergl. Lenel A.Z.P. 74. S. 226.

kein irgendwie gearteter Wille Beachtung fordern.[1]) Mit dieser Betrachtung ist aber nicht der Wille schlechthin verneint sondern nur der aktuelle Wille. Ein aktueller Vorbehalt ist nicht gemacht worden, wenigstens nicht, solange der Erklärende seine Voraussetzung stillschweigend machte, d. h. für sich behielt. Diese stillschweigende Voraussetzung aber ist Gegenstand der Krückmannschen Theorie; sie ist überhaupt der Kernpunkt des wissenschaftlichen Streites zwischen Windscheid und Lenel. Dabei hat Windscheid nur die erkennbar gemachte Voraussetzung im Auge; sagt er ihr doch nach, sie könne von der Auslegung objektiv und subjektiv erkannt werden.[2]) (Daher durfte Süß einer unerkennbaren Voraussetzung nicht das Wort reden, solange er seine Theorie im Sinne Windscheids aufstellte.) Der Tatbestand der stillschweigenden Voraussetzung ist der, daß seinerzeit bei Abgabe der Willenserklärung für den nun eingetretenen Fall ein Nichtwollen nicht positiv erklärt oder angedeutet ist, sondern eine solche Andeutung ausgeblieben ist, weil mit aller Sicherheit, mit einer jedes Bedenken im Keime erstickenden Überzeugung angenommen wurde, das, was nun eingetreten ist, werde nicht eintreten, bezw. das, was nun offenbar wurde, sei nicht vorhanden.[3]) Der Erklärende hat ohne jede Einschränkung, ohne jeden wirksamen Vorbehalt, ohne das Bewußtsein von der Notwendigkeit eines etwaigen Vorbehaltes gewollt und hat diesen seinen Willen bedingungslos und ohne Einschränkung geäußert.

Wenn Frau X für ihren scheintoten Mann,[4]) den sie ohne den Hauch eines Zweifels für tot hält und als verstorben mit Tränen betrauert, einen Sarg bestellt, dann kommt ihr der Gedanke nicht einmal ins Bewußtsein, daß sie den Sarg natürlich nur für den Fall benötige, daß ihr Mann auch wirklich tot sei. Sie ist eben „überzeugt" vom Tode des Mannes. Deshalb sagt sie nicht einmal, sie kaufe „unter der Voraussetzung, daß — —". Nur wer nicht überzeugt ist, pflegt das durch Einflechtung der Worte „unter der und der Voraussetzung" zu erkennen zu geben. Diese feste Überzeugung gibt dabei gar keiner zweifelnden bzw. gegenteiligen Vorstellung im Bewußtsein Raum. Und wo das Bewußtsein nicht einmal in Form einer Vorstellung mitspielt, da kann von einem aktuellen, dynamischen, sich betätigenden Willen keine Rede sein, wiewohl der Mensch auch dann, wenn er „nichts will", einen „Willen" im statischen Sinne hat.

Die Betrachtung des Tatbestandes der Voraussetzung läuft dahin weiter, daß es der Partei darauf ankommt, im Gegensatz zu

---

[1]) Krückmann S. 2.
[2]) Windscheid. A.Z.P. 78. S. 197.
[3]) Krückmann S. 5.
[4]) Beispiel bei Krückmann.

ihrem früheren Willen einen ganz neuen,[1]) davon abweichenden und damit in Widerspruch stehenden Willen haben und auf Grund dieses neuen nachträglichen Willens das früher Gewollte und Erklärte irgendwie wirkungslos machen zu dürfen. Denn das, was in der Voraussetzung geltend gemacht wird, ist nicht der früher erklärte, also der von Anfang an, jedenfalls zur Zeit der Willenserklärung schon vorhanden gewesene aktuelle Wille; ein solcher war nicht da; die Partei hat eben an die nachträglich offenbar gewordene tatsächliche Gestaltung der Dinge nicht gedacht; vielmehr macht sie einen ganz neuen Willen geltend, den sie erst nachträglich gefaßt hat und gar nicht anders als nachträglich gefaßt haben kann. Das drückt Krückmann mit der Formulierung aus: Die Partei w ü r d e nicht gewollt h a b e n, wenn sie g e w u ß t h ä t t e. In diesem Potential „würde haben" liegt nach Krückmann das Virtual des Willens.

Die Erlaubnis dafür, nun plötzlich anders wollen und das einmal als gewollt Erklärte wirkungslos machen zu dürfen, kann mit einer der Erklärung immanenten Willensunwirklichkeit im Sinne von nicht-gewollt-haben nicht erwirkt werden: man hatte gewollt! Die Erlaubnis wird vielmehr von der Voraussetzung als dem virtuellen Vorbehalt gegeben.

Windscheid sah auch sehr wohl, daß es an einem echten nicht-gewollt-haben fehlt; er meinte aber, eine Aktualität des Willens doch irgendwie nachweisen und herauskehren zu können. Andererseits glaubte er aber auch, den Boden der Aktualität nicht verlassen zu dürfen, weil für ihn nur die Aktualität des Willens, nur der dynamische, kinetische Wille eines Rechtsgeschäftes oder einer Willenserklärung Rechtsfolgen auslösen, d. h. Wirksamkeit haben konnte.

Krückmann behauptet demgegenüber, daß nicht nur das Aktuelle Beachtung verdiene, sondern darüber hinaus auch das Virtuelle,[2]) das, was zwar tatsächlich nicht zur Wirksamkeit kommt, was aber „dem Vermögen nach vorhanden" ist. In eben diesem Sinne handle es sich bei der Voraussetzung um eine „statische Energie des Rechtsgeschäftes",[3]) und da sei es klar, daß eine virtuelle Selbstbeschränkung des Willens auch dann vorhanden sein könne, wenn eine aktuelle Selbstbeschränkung nicht nachgewiesen werden könne. Man dürfe wohl annehmen, daß Windscheid die Vorstellung von etwas derart Virtuellem vorgeschwebt habe. Jedenfalls sei die Selbstbeschränkung im richtig verstandenen Sinne Windscheids potentiell, virtuell, aber nicht aktuell. Da Windscheid

---

[1]) Krückmann S. 4.
[2]) Krückmann S. 9.
[3]) Krückmann S. 9.

sich aber stets aktuell ausgedrückt habe, habe ihm ein so heftiger Gegner wie Lenel erstehen können. (Eine nähere Definition und Unterscheidung des Aktuellen vom Virtuellen, wie sie die philosophisch festliegenden Begriffe an die Hand geben, erfolgt unten bei der Kritik des virtuellen Willens.)

Auch Oertmann sei daran gescheitert,[1]) in seiner Geschäftsgrundlage etwas als aktuell auszugeben, was nun einmal nur virtuell sei. Windscheids Theorie verdiene aber immer noch den Vorzug[2]) vor der Oertmannschen, weil sie auf den Willen der Partei abgestellt sei. Die Geschäftsgrundlage gebe an sich nur an, was die Partei gedacht hat oder was sie gedacht haben würde, wenn sie alles gewußt hätte. Damit sei aber noch nicht geklärt, welchen Rechtfertigungsgrund die Partei habe, um gegen das Rechtsgeschäft angehen zu können. Diesen Rechtfertigungsgrund gewinne man erst, wenn man aus der Geschäftsgrundlage einen im Willen der Parteien liegenden virtuellen Vorbehalt folgern dürfe und „vermöge ihrer Voraussetzung der Partei ein Angehen gegen ihre Erklärung erlaube". Der virtuelle Vorbehalt aber trete bei Oertmann nicht auf, obgleich er doch ganz unentbehrlich sei. Er allein rechtfertige die Willensaktion gegen das Rechtsgeschäft, und diese Willensaktion müsse kausal auf irgendein Willensmoment zurückgeführt werden. Die Geschäftsgrundlage enthalte nach Oertmanns Theorie dies Willensmoment nicht.

Das Willensmoment, aus dem heraus ein Angehen gegen die Rechtsfolgen einer einmal unter einer Voraussetzung abgegebenen Willenserklärung gerechtfertigt erscheine, könne nur in dem Willen der Partei liegen. Insofern sei eben die Windscheidsche Theorie diejenige, aus der die Lösung des Problems der Voraussetzung gefunden werden könne, nicht die Oertmannsche. Es sei aber nicht die von Windscheid als nachweisbar vermutete Aktualität des Willens, sondern die Virtualität, die dieses Vermögen habe. Das ist Krückmanns Ergebnis, daß er aus der Windscheidschen Theorie die Voraussetzung als einen v. V. herausschält. Und Krückmann verteidigt die Wirksamkeit der Voraussetzung als die Wirksamkeit „des mutmaßlichen Willens[3]), des Willens, der unterstellt werden dürfe und dem nach Treu und Glauben rechtliche Wirkung zuzusprechen sei". Und möge man sich auch streiten, was „mutmaßlicher" Wille sei: sicher sei, daß er mit Hilfe von subjektiven Normen bestimmt werden müsse und rein virtuell oder potentiell sei. Das Virtuelle aber könne doppelte Bedeutung haben, es könne den Sinn der Er-

---

[1]) Krückmann S. 10.
[2]) Krückmann S. 91.
[3]) Krückmann S. 8.

klärung über ihren Wortlaut hinaus entwickeln, das unausgesprochen Immanente hervorholen oder umgekehrt als Hindernis für die Wirkung der Erklärung funktionieren.

Etwaigen Einwendungen gegen die Rechtserheblichkeit des Begriffs des Virtuellen im Recht begegnet Krückmann mit der leider nur bloßen Behauptung[1]), es sei offenkundig und unbestreitbar, daß das BGB. den virtuellen Willen in größter Unbefangenheit und Selbstverständlichkeit immer wieder anerkannt und zur Herbeiführung von positiven Wirkungen benutzt habe. Er weist dabei auf die Auslegungsregeln in betreff der Testamente und auf den mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn, Auftraggebers und Hinterlegers (§§ 677, 678, 683; 665; 692) hin und auf sämtliche Auslegungsnormen für den Fall der Zweifelhaftigkeit einer Willenserklärung, d. h. ihrer Doppeldeutigkeit. Im übrigen enthält er sich bewußt[2]) der Aufstellung einer Theorie der virtuellen Willenserklärung.

Korrigiert Krückmann die Windscheidsche Voraussetzung in dieser Weise dahin, daß sie virtuell zu verstehen sei, so baut er sie des weiteren mit dem Regulativ von Treu und Glauben aus[3]). Er bemängelt an Windscheids Voraussetzung, daß das Postulat der Erkennbarkeit nicht den richtigen und notwendigen Abgrenzungsrahmen gegen ein unbeachtliches rein subjektives Motiv bildet. Darauf könne es nicht ankommen, was der Gegner erkannt habe; das habe Lenel[4]) überzeugend nachgewiesen. Wie sollte dem Gegner etwas erkennbar sein, was gar nicht aktuell in die Erscheinung getreten ist! Wenn vielmehr eine Partei, weil sie nach Abgabe ihrer Willenserklärung ihren Willen geändert hat, gegen ihre eigene äußerlich unbedingte und vorbehaltlose Erklärung angehen will, dann müsse ihr dazu ein besonderer Rechtfertigungsgrund zur Seite stehen, und dieser könne nur gegeben sein, wenn ein Gebundenbleiben an die frühereWillenserklärung nicht zumutbar erscheint[5]). Hier liegt nach Krückmann das Rätsel der Voraussetzungslehre: es liegt in der Nichtzumutbarkeit, in einem anderswollen-dürfen, nicht wie Windscheid meinte, in einem eigentlich-nicht-gewollt-haben[6]): „Fügt man in Windscheids Lehre die Hemmungsvorrichtung von Treu und Glauben, Zumutbarkeit und Nichtzumutbarkeit ein, so kommt alles in Ordnung“[7]). Es ist sinn-, zweck- und gegenstandslos, eine Leistung zu erbringen, wenn die

---

[1]) Krückmann S. 63. 94.
[2]) Vergl. S. 94. Anm.
[3]) S. 10.
[4]) Lenel A.Z.P. 74, 223. 79, 105.
[5]) Krückmann S. 10. 11.
[6]) Krückmann S. 10. 11.
[7]) S. 13.

Gegenleistung ausbleibt, oder — in Anwendung auf den Kauf wie bei Süß — wenn der Gegner nicht das leistet, was er zu leisten versprach und weswegen man überhaupt mit ihm kontrahierte, und wenn er es auch gar nicht zu leisten genötigt ist. Ein gegenseitiger Vertrag muß sinn-, zweck- und gegenstandslos werden, wenn unvorhergesehenerweise ein wesentliches Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entsteht oder unerkennbarer Weise schon von Anfang an vorhanden ist. Einen solchen Vertrag erfüllen zu sollen, wäre nicht zumutbar[1]). Zumutbar ist für die Partei nur das, was sie selber in ihrem persönlichen und sachlichen Wirkungskreise wissen muß, womit sie rechnen muß, was sie zu tragen die nächste ist[2]).

Die Partei müsse also tatbestandsmäßig folgendes für sich vorbringen können[3]): „Ich habe zwar bedingungslos und uneingeschränkt gewollt, ich würde aber nicht gewollt haben, wenn ich alles gewußt hätte, d. h. gewußt hätte, daß meine Vorausetzungen der Wirklichkeit nicht entsprachen. Es konnte auch nicht von mir verlangt werden, daß ich alles wußte; der Gegner hätte mich aufklären müssen. Jetzt an meiner damaligen Willenserklärung festgehalten zu werden und zur Gegenleistung verpflichtet zu bleiben, kann mir nicht zugemutet werden; denn da die Leistung meines Schuldners nicht meiner Gegenleistung entspricht, wäre die ganze Vertragserfüllung sinnlos. Mich zur Erfüllung eines sinnlosen Vertrages zu nötigen, wäre eine nicht zumutbare Unbilligkeit".

§ 17.

II. Teil.

Süß' Anwendung des v. V. auf den Kaufvertrag.

Krückmann, der seine Theorie der Voraussetzung im Sinne Windscheids im Hinblick auf das Rückforderungs- bezw. Leistungsverweigerungsrecht wegen Zweckverfehlung aufgestellt hat, betont[4]) ausdrücklich, daß sie auf den Eigenschaftsirrtum beim Kauf keine Anwendung finde; „eine Gewährschaft ließe sich damit nicht erzielen". Das muß er aber nur aus dem Grunde betonen, weil er die Gewährleistung anders begreift als sie von Süß, wie oben eingehend dargestellt, aufgefaßt wird. Krückmann bedeutet die Gewährleistung eine vertragliche Erfüllungspflicht, indem sie nach seiner Auffassung einen Ersatz für den fehlenden Erfüllungsanspruch qua Mangelfreiheit darstellt und ein Recht aus dem Ver-

[1]) Krückmann S. 12.
[2]) S. 37.
[3]) S. 3. 4. 12.
[4]) S. 11. 93.

trage geltend macht, ihn aber gerade nicht umstößt. Es handele sich bei der Gewährleistung um einen Rückleistungsanspruch, der unter einer Rechtsbedingung sofort mit dem Vertragsschluß entstanden sei.

Die im Bisherigen dargestellte und als zutreffend vertretene Auffassung vom Wesen der Gewährleistung konnte hingegen Süß zu der Behauptung berechtigen, die Gewährleistung sei ein Ausfluß und typischer Fall des v. V. im Krückmannschen Sinne. Er führt das folgendermaßen aus:

Ist die gelieferte Sache entgegen der berechtigten Erwartung des Käufers mit einem Mangel behaftet, dann ist die tatsächliche und rechtliche Äquivalenz des Vertrages gestört. Denn die gebotene Geldleistung des Käufers entspricht der Bewertung der Sache in mangelfreiem Zustand. Das ist doch der Sinn eines auf Austausch gerichteten Vertrages, daß beide Parteien ihre zum Austausch gelangenden Güter gleich hoch bewerten. Der Käufer bewertet die erwartete Sache so hoch wie das zu zahlende Entgelt und umgekehrt der Verkäufer. Diese gleiche Bewertung hin- und herüber ist eben die „von den Parteien für ihre Interessen gesetzte Gleichung“[1]). Diese Gleichung oder Äquivalenz erfährt eine Störung, wenn die gelieferte Sache einen Mangel hat; denn dann muß sie dem Käufer weniger wert sein als die Sache in mangelfreiem Zustand, dann hat sie für ihn nicht mehr den Wert, den er in der vertraglich vorausgesetzten und festgelegten Gleichung zum Einsatz brachte. Wenn aber der Zweck eines synallagmatischen Vertrages seine Äquivalenz ist, dann ist Inäquivalenz in der Erfüllung Zweckverfehlung[2]), und es wäre sinnlos, wie Krückmann sagt, einen solchen Vertrag erfüllen zu sollen. „Gerade aus § 460 BGB. geht hervor, daß der Käufer anders wollen darf, weil er nicht gewußt hat. Es wird also angenommen, daß er anders gewollt hätte, wenn er gewußt hätte. Und der weitere notwendige Grund dafür, daß der Käufer anders wollen darf, obgleich er aktuell gewollt hat, ist die Inäquivalenz, die Gleichgewichtsstörung zwischen Leistung und Gegenleistung, die dem Käufer nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann“. — — „Die Gewährleistung ist ein typischer[3]) Fall der Voraussetzung im Sinne Krückmanns, ein typischer Fall des v. V., der aus § 460 klar hervorgeht und nach Treu und Glauben die Rechtfertigung seiner Wirksamkeit in der unzumutbaren Äquivalenzverfehlung eines synallagmatischen Austauschvertrages findet“. Es kann dem Käufer nicht zugemutet werden, an seiner doch unter der berechtigten Erwartung abgegebenen Willenserklärung, die Sache

[1]) Henle.

[2]) Krückmann S. 73: „Verfehlung der Aquivalenz ist bei einem gegenseitigen Vertrag echte Zweckverfehlung.“

[3]) Vergl. Süß S. 165. 172.

sei so beschaffen, wie er sie sich vorstelle und vorstellen dürfe, festgehalten zu werden, wenn der Zweck des Vertrages verfehlt ist. Der Käufer ging doch von der Voraussetzung aus, daß auf Grund der berechtigterweise erwarteten Beschaffenheit die Äquivalenz der beiderseitigen Leistungen bestünde. Und hat er diese seine Voraussetzung auch nicht in Erscheinung treten lassen, so war sie doch in und bei seiner Willenserklärung wirksam, sie war eine virtuelle Willensbetätigung im Sinne Krückmanns. Vom Standpunkt der Allgemeinheit muß dabei dem Käufer die Berechtigung zu seiner Voraussetzung zuerkannt werden. Er würde nicht gekauft haben oder wenigstens nicht zu dem gebotenen Preise, wenn er alles gewußt hätte.

Wohl ist Krückmann Recht zu geben, daß der Grund für die Gewährleistung die Äquivalenz[1]) ist; aber diese Begründung ist doch nur ein Bruchstück der Gründe. Denn es bleibt nach Süß immer noch die Frage zu beantworten, warum die Inäquivalenz so weitgehende rechtliche Konsequenzen haben könne. Dieser letzte Grund liege in der Unzumutbarkeit der Erbringung ungleicher Leistungen beim synallagmatischen Austauschvertrag. „Dessen Äquivalenz, also die wirksame Voraussetzung, sei wirksamer v. V. der Partei."

Gewiß verkennt Süß nicht[2]), daß Unkenntnis, Fehler der Sache und Gleichgewichtsstörung eine große Rolle bei dieser Frage spielen. Sie sind aber nicht das Letzte, das Entscheidende, führt er aus. Es ist davon auszugehen, daß der Käufer nicht gekauft hätte, wenn er alles gewußt hätte. Er hat eben in seiner Unkenntnis des Fehlers und trotz seiner Unkenntnis eine Voraussetzung und deshalb keinen aktuellen Vorbehalt gemacht[3]). Es liegt keine aktuelle Willensbeschränkung vor, auch nichts Bedingungsähnliches, wie es Windscheid bei seiner Voraussetzung vorschwebte. Die Pointe der Voraussetzung[4]) liegt gerade darin, daß man aktuell ohne Einschränkung gewollt hat und daß man trotzdem anders wollen darf, als man gewollt hat; aber nicht, weil man nicht gewollt hätte; denn man hat ja gewollt; sondern aus anderen Gründen. Man darf nachträglich anders wollen, aber nicht wegen fehlenden Willens, sondern trotz fehlenden Willens, — eben weil man virtuell anders wollte, als man erklärte.

Man kann, sagt Süß[5]), nur davon ausgehen, daß dem synallagmatischen Vertrag der Vorbehalt immanent ist, daß der

---

[1]) Krückmann. Instit. 5. A. 138 f.
[2]) Süß S. 210/11.
[3]) Krückmann S. 2: „Voraussetzung ist ein unterlassener aktueller Vorbehalt."
[4]) Süß S. 156.
[5]) Süß S. 211.

Käufer den Vertrag nur will, wenn er auch eine seiner Leistung entsprechende Gegenleistung erhält. Und dieser virtuelle Vorbehalt ist hier wirksam, weil die dem synallagmatischen Austauschvertrag widersprechende Inäquivalenz dem Käufer nicht zugemutet werden kann. Insoweit greift die Gleichgewichtsstörung und Nichtzumutbarkeit herein, aber wiederum nicht als allein entscheidender Grund, sondern als Teil einer logischen Kette, die sich wie folgt zusammensetzt[1]):

„Weil der Käufer den Fehler nicht kennt, (Unkenntnis des Käufers, Mangel der Kaufsache) bietet er mehr, als er bei Kenntnis des Fehlers geboten hätte. Infolgedessen besteht zwischen Leistung und Gegenleistung ein Mißverhältnis, das bei dem Wesen des synallagmatischen Austauschvertrages dem Käufer nicht zugemutet werden kann (Inäquivalenz. Nichtzumutbarkeit). Und diese nicht zumutbare Inäquivalenz macht es dem Käufer möglich, den Vertrag zu modifizieren; denn er hätte nicht gewollt, wenn er den Mangel gekannt hätte. Dem Kaufvertrag als synallagmatischen Vertrag ist der virtuelle Vorbehalt, die virtuelle Voraussetzung der Äquivalenz immanent, und dieser virtuelle Vorbehalt ist hier wirksam, weil beim synallagmatischen, auf Austausch gerichteten Vertrag eine Inäquivalenz nicht zugemutet werden kann". So wörtlich Süß in der Zusammenfassung seiner Theorie.

V. Abschnitt.

§ 18.

Süß' Gegenargumente gegen den Irrtum.

Soweit die Deduktion Süß', deren getreue Wiedergabe sich aus der Absicht späterer Kritik[2]) rechtfertigt. Im Folgenden erübrigt sich aus dem Zweck der Arbeit eine Darstellung und Bewertung der Auseinandersetzung, die Süß mit anderen mehr oder weniger bekannt gewordenen Begründungen für die Gewährleistung vornimmt, vernotwendigt sich jedoch eine Prüfung seiner Argumente gegen die Auffassung, der Gewährleistung liege die Berücksichtigung eines Irrtums zugrunde. Es wird Aufgabe sein, seine Einwände gegen die ihm bekannten Auffassungen dieser Art auf ihre Stichhaltigkeit zu prüfen, um dann in einem weiteren Abschnitt die ihm unbekannte Henlesche Irrtumstheorie zur Darstellung zu bringen.

In § 22 seiner Monographie sucht Süß die Auffassung vom Vorliegen eines Irrtums im Tatbestand der Gewährleistung bzw

---

[1]) Süß S. 211.
[2]) in § 20.

lem § 459 zu entkräften. Er kämpft dabei gegen diejenige Gestal-ung der Irrtumslehre, die das Gewährschaftsrecht als einen Spezial-all des beachtlichen Motivirrtums im Sinne des § 119,2 ausgibt, der lurch lex specialis geregelt sei und daher die Generalnorm des § 119,2 ausschließe. Dagegen läßt Süß Henles „Voraussetzungs-rrtum" unangefochten.

Süß' Voraussetzungslehre die Henlesche Irrtumstheorie gegenüberzustellen dürfte aber dann doppelten Erfolg und Wert haben, wenn es gelingt, die Süßschen Gegenargumente schon gegen die elementaren Irrtumsauffassungen zu entkräften, die er bekämpft. Gelingt es Süß nicht einmal, die angeblichen Fehler der von ihm gekannten und bekämpften Ansichten überzeugend nachzuweisen, dann darf die Henlesche Lehre um so berechtigter und unangreif-barer erscheinen.

Süß schließt sich zunächst nur der herrschenden Meinung an, wenn er sich gegen die Auffassung von der Spezialität des § 459[1]) gegenüber dem § 119,2 wendet. § 119,2 und § 459 bringen zwei verschiedene Prinzipien zur Wirksamkeit und schließen sich insofern einander aus. Das Gebiet der einen Vorschrift beginnt erst da, wo das der anderen aufhört.

Das sagt Süß auch. Aber seine beiden Prinzipien treffen nicht das Richtige, wenn er sagt, in § 119,2 liege ein Irrtum vor, dagegen keinesfalls in § 459, sondern dort die von ihm verfochtene Voraus-setzung bzw. der virtuelle Vorbehalt. Von dieser Prämisse aus-gehend hält Süß eine Auseinandersetzung mit den Versuchen, einen Unterschied zu machen zwischen den wesentlichen Eigenschaften des § 119,2 und den Fehlern des § 459,1, die die gewöhnliche oder nach dem Vertrage vorausgesetzte Tauglichkeit aufheben oder min-dern, für überflüssig.

Darüber, ob er auch in diesem Sinne die §§ 119,2 und 459 für tatbestandsmäßig verschieden hält, spricht er sich nicht aus, ob-wohl er die Ansicht des RG., die mit der Identität des Tatbestandes operiert, ablehnt.

Die von Süß vermiedene Auseinandersetzung mit diesen Ver-suchen mag hier im Interesse der Henleschen Theorie vorgenommen werden.

Die Gegenargumente gegen die Spezialitätsauffassung des RG. bedienen sich vielgestaltiger Unterscheidungen zwischen den den §§ 119,2 und 459 zugrunde liegenden wesentlichen Eigenschaf-ten und den Fehlern, die die gewöhnliche oder nach dem Vertrage vorausgesetzte Tauglichkeit mindern oder aufheben.

---

[1]) So R.G.

Alle derartigen Unterscheidungsversuche sind gescheitert[1]). „Die Vorschriften gleichen sich wie ein Ei dem anderen: das Unternehmen, an den Fassungen hier und da Verschiedenheiten zu entdecken, wird zum Eiertanz". Wenn man aber § 119,2 von den schwerwiegenden, artverändernden Eigenschaften und § 459,1 von bloßen Mängeln innerhalb der Art verstehen will, so scheitert das an mehrerem. Erstens wird in zweifelhaften Fällen die Grenzziehung willkürlich und unbefriedigend sein[2]). Auch läßt die Statuierung der Artverschiedenheit und ihre Unterstellung unter § 119,2 die oft vorliegende Tatsache der Nichterfüllung außer Acht. Warum soll man, wenn man statt eines Zuchtganters eine Zuchtgans bekam, — sofern es sich nicht um einen Gattungskauf handelt, — nicht auf Erfüllung bestehen können? Zweitens ist unhaltbar, daß bei bloßen Mängeln der Verkäufer dem Käufer die Vertragskosten aus § 467,2, dagegen bei Artverschiedenheit der Käufer dem Verkäufer das negative Interesse aus § 122, 2 ersetzen soll, obwohl doch der Grund der Berücksichtigung der käuferischen Interessen immer nur der gleiche sein kann, und daher die Ausgleichspflicht auch nur entweder den Käufer oder den Verkäufer, nicht einmal diesen, einmal jenen treffen darf. Drittens fällt die Lehre zusammen angesichts des § 463,2: Bei arglistigem Verkauf einer mangelhaften Sache haftet der Verkäufer auf das volle positive Interesse, bei arglistigem Verkauf einer Sache von anderer Art setzt er sich höchstens einem Deliktsanspruch auf das negative Interesse aus. So haftet nach Ennecc. z. B. wer arglistig sauer gewordenen Wein verkauft, strenger als der, der arglistig Essig statt Wein verkauft. Die Kollision bleibt unvermeidlich und ist doch unerträglich.

Insofern haben also Schloßmann[3]) und das RG. schon Recht, daß eine Konkurrenz zwischen den Tatbeständen des § 119,2 und 459,1 nicht zu leugnen sei. Aus diesem Gesichtspunkt haben sie schon Recht, wenn sie meinen, daß man aus Billigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen eine solche Konkurrenz nicht zulassen dürfe und deshalb, eben lediglich aus rechtspolitischen Erwägungen, dem § 119,2 überall da die Anwendung auf einen Kauf versagen müsse, wo die Voraussetzungen des § 459 gegeben seien. So entscheidet denn auch das RG. (Bd. 60 S. 171), daß die Rechtsfolgen von Sachmängeln beim Kauf im § 459 ff. erschöpfend geregelt seien und hätten geregelt werden sollen, und daß es deshalb nicht als Wille des Gesetzes angesehen werden könne, daneben noch die Anfechtung wegen Irrtums zu gewähren.

---

[1]) Henle LB. S. 244. Vergl. Wolff S. 36.
[2]) Vergl. Ennec. §§ 157. III. 3; 331. II. 1 e.; 335. III. v Tuhr S. 579.
[3]) Schloßmann: „Der Irrtum über wesentl. Eigenschaften" in Fischers Sammlung Bd. 9. Heft 3. S. 51. 52.

Da Süß mit seiner Behauptung von der Regelung des Irrtums allein durch § 119,2 und der der Voraussetzung allein durch § 459 den Unterschied der Tatbestände hinreichend betont zu haben glaubt, sah er auch keinen Anlaß, auf die eben erörterte Frage einzugehen. Sie mußte hier jedoch aus dem Gesichtswinkel der auf beide Tatbestände anzuwendenden Irrtumslehre geklärt werden.

Wenn Süß aber die Überflüssigkeit der Bereitschaft, auch nur einen Augenblick im Tatbestand des § 459 einen Irrtumsfall zugeben zu wollen, mit der Frage darzutun versucht, „was denn solchenfalls des weiteren der Rechtsgrund der Abänderungsmöglichkeit von Willenserklärungen beim Irrtum über Eigenschaften überhaupt sei", dann verrät er damit gar zu deutlich sein Vorurteil gegen den in § 459 geregelten Irrtum. In § 119,2, wo Süß den Irrtum nicht bestreitet, findet der Irrtum seine Berücksichtigung doch auch aus dem Gesichtspunkt des Willensmangels. Sollte Süß wirklich keine dogmatische Begründung für den Irrtum als Erscheinungsform des Willensmangels für möglich halten? S. 218 rechtfertigt er die Anfechtung wegen Irrtums, „weil man geirrt habe und Irren menschlich sei". Wenn er für § 119 eine Begründung findet, dann sollte er sie auch für § 459 für denkbar halten.

S. 203 führt Süß gegen den Irrtum in § 459 zunächst die allgemeine Beobachtung an, daß man sich bereits rein gefühlsmäßig dagegen wehre, es mit einem Irrtum zu tun zu haben. Solch Gefühl sei zwar nicht maßgebend, es unterstütze aber die psychologische Betrachtungsweise und Argumentation.

So fragt auch Wolff[1]), ob denn der Käufer jemals seinen Gewährleistungsanspruch mit den Worten begründen werde: „Verzeih, ich habe mich geirrt, ich habe mir irrtümlich eine falsche Vorstellung von der gekauften Sache gemacht!"? Es handle sich eben nicht um einen Irrtum[2]), meint Süß, sondern schon rein intuitiv sage man nichts von ihm sondern spreche von Unwissenheit. Unkenntnis und Irrtum aber schlössen einander aus.

Daß man nicht rein gefühlsmäßig schon den Begriff des Irrtums vermeidet, sondern im Gegenteil auch derjenige von Irrtum spricht, der gegen ihn zu Felde zieht, das hat man an Krückmann[3]), Wolff und Süß[4]) des öfteren zu beobachten Gelegenheit. In die Ausdrucksweise schleicht sich immer wieder der „Irrtum", was gerade bei den Gegnern des Irrtums in besonderem Maße gegen Süß' Behauptung spricht.

Von dieser unwesentlichen Beobachtung abgesehen mag durchaus zugegeben werden, daß Irrtum und Unwissenheit zwei

[1]) S 40.
[2]) Vergl. Krückmann S. 98 Anm. 143.
[3]) S. 26. 205 Anm. 1.
[4]) S. 206. („sich täuschen"!)

verschiedene psychologische Begriffe sind. Irrtum im psychologischen Sinne setzt eine Vorstellung voraus, eine gedankliche Betätigung, deren Ergebnis gemessen an der „Tatsächlichkeit" nicht richtig ist, wobei die Richtigkeit also nicht immer mit der „Wirklichkeit" identisch zu sein braucht. Man kann sich z. B. auch eine falsche Vorstellung vom Wesen der Virtualität machen, die nur etwas Gedachtes, Vorgestelltes, aber nichts Wirkliches ist. Dagegen kann Unwissenheit jeder Vorstellung bar sein. Insofern sind beide Begriffe verschieden. Sie sind aber kein Gegensatz, so daß sie einander ausschließen müßten. Vielmehr schließt der Irrtum die Unwissenheit ein. Es gibt keinen psychologischen Irrtum ohne Unwissenheit, und auch die meisten physiologischen Irrtümer beruhen auf Unwissenheit. Wo ein Irrtum obwaltet, liegt immer eine Unwissenheit vor, und wo eine Unwissenheit vorliegt, da führt sie immer da zu einem Irrtum, wo auf Grund der Unkenntnis oder trotz der Unwissenheit ein Entschluß gefaßt wird. Ein solcher wird nur unter einer Vorstellung gefaßt. Eine Vorstellung, die auf Unwissenheit beruht, ist allemal eine irrige Vorstellung[1]), mag sich der Vorstellende seiner Unwissenheit bewußt sein oder nicht. Der Irrtum ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Unwissende etwa ahnungslos irrt. Nach Kant[2]) gehört es nicht zum Wesen des Irrtums, daß man sich der Mangelhaftigkeit seiner Vorstellung bewußt ist. Und wo trotz bewußter Unwissenheit mit Vorstellungen operiert wird, gerade da ist der Erklärende nachhaltig auf Irrtümer gefaßt. Sollten die Römer wirklich eine falsche Vorstellung vom Begriff des Irrtums gehabt haben, als sie vom error in substantia auch die Unkenntnis erfaßt sein ließen?

Es kommt für den rechtsgeschäftlichen Verkehr auf den psychologischen Unterschied zwischen Irrtum und Unwissenheit gar nicht an; d. h. man kann nicht mit der Behauptung, in § 459 liege ein Nichtwissen vor, beweisen, daß § 459 kein Fall des Irrtums sei. Aus § 460,1 ist der Beweis, daß auch das Gesetz den Irrtum in § 459 abgelehnt wissen will, nicht herzuleiten. Denn wenn § 460 das Gewährleistungsrecht an positiver Kenntnis des Fehlers scheitern läßt, dann besagt das für § 459, daß alle minderen und negativen Grade der Erkenntnis, also Irrtum oder völlige Unkenntnis das Gewährleistungsrecht zur Folge haben.

Käme es auf die Unterscheidung von Irrtum und Unkenntnis an, dann müßte man auch für § 119,2 verlangen, daß die Fälle tatsächlicher Unwissenheit nicht eine Regelung wegen Irrtums erfahren; m. a. W. der Einwand der Unwissenheit kann ebenso gut

[1]) Titze, Lehre vom Mißverständnis S. 3: „In der Jurisprudenz umfaßt der Begriff des Irrtums nicht nur das Falschwissen, sondern auch das reine Nichtwissen einer Tatsache."

[2]) Vergl. u. S. 69. Anm. 1.

auch gegen § 119,2 vorgebracht werden. § 119,2 umfaßt auch Fälle der Unwissenheit. Der Tatbestand des § 459 liegt eben so, daß der Käufer bewußt oder unbewußt von der Voraussetzung ausgeht, die Sache sei mangelfrei, bzw. so oder so beschaffen. Ob ihm nun Zweifel kommen über die Berechtigung seiner Annahme, er also auf einen Irrtum gefaßt ist, oder seine völlige Unwissenheit, besser ahnungslose Unkenntnis des Fehlers ihm gar keine derartige Ueberlegung an die Hand gibt, auf jeden Fall ist seine Voraussetzung eine irrige, irrig auf Grund bewußter Unkenntnis oder irrig auf Grund unbewußter, ahnungsloser Unkenntnis. Darauf kommt es an. Und beide Vorgänge rechtfertigen im rechtsgeschäftlichen Verkehr den Begriff des Irrtums. Unwissenheit ist kein Irrtum, aber sie macht sich geltend in der psychologischen Erscheinung des Irrtums. Und Irrtum ist allemal Unwissenheit. Nach Lehmann[1]) ist „Irrtum Zwiespalt zwischen Vorstellungsbild und Wirklichkeit. Er tritt auf als falsche Vorstellung oder Fehlen der richtigen Vorstellung. Seine Beachtlichkeit beruht aber stets auf dem Mangel der richtigen Vostellung".

Was nachbleibt, ist ein Streit um außerjuristische Begriffswerte, der seine Tendenz, ein a priori abgelehntes Ergebnis nachträglich als falsch zu beweisen, nicht verleugnen kann.

Daß der Kalkulationsirrtum, auf den Süß S. 204 zu sprechen kommt, keine Gewährleistung auslöst, spricht nicht gegen den Irrtum. Denn wohl hat sich der Käufer über den Wert der Sache geirrt; aber die „Bewertung" ist ein Moment, das der Verkäufer wie jedes andere unbeachtliche Motiv, auf das er nicht gefaßt zu sein braucht, auch nicht gegen sich gelten zu lassen braucht. Eine falsche Kalkulation, deren Fehlerquelle der Wahrnehmung des Verkäufers entgeht, ist ein Vorgang, der sich, wie Krückmann sagt, im ureigenen Vorstellungskreis des Kalkulanten abspielt, so daß immer dieser der Nächste ist, den Schaden zu tragen. Süß weist auf den Kalkulationsirrtum auch gar nicht, wie man aus der Einordnung unter die Gegenargumente gegen den Irrtum entnehmen sollte, zum Zwecke der Entkräftung der Irrtumsauffassung hin, sondern nur, um darauf hinzuweisen, daß es nicht die Unkenntnis der Gleichgewichtsstörung sondern die bloße Tatsache der Gleichgewichtsstörung sei, die die Gewährleistung rechtfertige.

Ein Argument gegen den Irrtum in § 459 kann auch nicht mit der Behauptung aufgestellt werden, — mag sie nun etwas Wesentliches oder Unwesentliches, etwas Richtiges oder Unrichtiges besagen, — § 119,2 gehe von der Willenserklärung, § 459 von der Leistung des Verkäufers aus. Der Gesetzgeber wählt die Ausgangs-

---

[1]) Allg. Teil § 34. III.

punkte und Betonungen seiner Formulierungen nicht nach dogmatischen Gesichtspunkten.

Auf S. 207/209 findet sich als letztes Argument gegen den Irrtum eine nachdrückliche Auseinandersetzung mit dem Tatbestand des Irrtums, wie sie schon Wolff[1]) des längeren angestellt hat. Süß macht zum Ausgangspunkt die allgemein anerkannte Definition vom Irrtum, er sei die „Diskrepanz zwischen Vorstellung und Wirklichkei", indem er als irrtümlich diejenige Vorstellung bezeichnet, deren Inhalt, — also das Vorgestellte, — mit der Wirklichkeit nicht übereinstimme. Darin kann und soll ihm Recht gegeben werden. Dabei, so sagt er mit Wolff, behandeln wir die Wirklichkeit als das Gegebene und Feststehende; in ihr finde man den Maßstab für die Richtigkeit der Vorstellung. Stimme das Vorgestellte mit der Wirklichkeit überein, so sei die Vorstellung „richtig"; weiche das Vorgestellte von der Wirklichkeit ab, so sei die Vorstellung „falsch", und eine derart falsche Vorstellung nenne man einen Irrtum. Das setze natürlich voraus, daß die Wirklichkeit „richtig" sei. „Wie aber", fragt Wolff, „wenn nicht eine gegebene Wirklichkeit falsch vorgestellt wird, sondern eine gegebene Vorstellung verwirklicht werden soll?" Könne nicht dann der Fall eintreten, daß die Wirklichkeit falsch ist, indem sie nicht das hält und verwirklicht, was man sich vorgestellt hat? Und zumal, wenn der Käufer zu seiner Vorstellung berechtigt sei, müsse doch das Werturteil der Richtigkeit auf die Seite der Vorstellung fallen und die Wirklichkeit als falsch bezeichnet werden. Eine „berechtigte" Vorstellung, die es zu verwirklichen gelte, könne doch nicht falsch sein. Wenn dem so sei, und nach Wolff ist dem so, dann „könne natürlich auch von Irrtum schlechterdings keine Rede sein"[2]).

Wenn Süß sich von dieser Deduktion überzeugen läßt, dann ist er einem Trugschluß zum Opfer gefallen. Dieser liegt in der Gegenüberstellung: „eine gegebene Wirklichkeit werde vorgestellt" und „eine gegebene Vorstellung werde verwirklicht". In der scheinbaren Korrelativität von Wirklichkeit und Verwirklichung liegt das Verfängliche:

Beim Kauf wird gar nicht im Sinne dieser Gegenüberstellung eine gegebene Vorstellung verwirklicht. Wolffs Formulierung dieses Gegensatzes ist ein trügerisches Wortspiel. Welches ist denn die Vorstellung des Käufers, wenn er sich eine Sache kauft? Soll diese Vorstellung etwa verwirklicht werden? Ein Beispiel mag das verdeutlichen: A. verlangt einen Hut aus Haarfilz. Seine Vorstellung hat zum Inhalt: „der Hut ist aus Haarfilz". Wird mit dem Verkauf und der Übereignung des Hutes diese Vorstellung verwirklicht? Nein! Die Tatsache, daß der Hut aus Haarfilz i s t, kann gar nicht

[1]) S. 39. f.
[2]) S. 39. f.

verwirklicht werden. Um es noch deutlicher zu machen, setzen wir statt des Wortes „Vorstellung" das Synonym „Annahme". Eine Annahme, nämlich die, daß der Hut aus Haarfilz sei, kann nicht verwirklicht werden; denn entweder trifft sie zu, oder sie trifft nicht zu. Für den Vorgang einer Verwirklichung ist da kein Raum. Soll denn etwa wenigstens die Annahme, der Hut sei aus Haarfilz, verwirklicht werden? Auch nicht! Verwirklicht werden soll nicht diese Annahme sondern der Wunsch, die Erwartung des Käufers, den Hut übereignet zu bekommen. Verwirklicht werden soll der Zweck des Kaufes. Wenn die Vorstellung verwirklicht werden sollte, dann müßte doch logischerweise sie es sein, die den oder einen Zweck des Kaufes bildet. Der Zweck des Kaufes ist aber nie und nimmer und in keiner Weise die Verwirklichung einer Vorstellung von der Beschaffenheit der Kaufsache. Was verwirklicht werden soll, ist das „haben wollen". Die Vorstellung spielt dabei nur die Rolle eines Motivs, welches hinter diesem haben-wollen als treibende Kraft steht. Wohl stellt man sich in § 119,2 eine Wirklichkeit vor, aber nicht soll umgekehrt in § 459 eine Vorstellung, so wie es dieses Wortspiel gerne ausgeben möchte, verwirklicht werden. Beim Kauf nicht!

Beim Werkvertrag allenfalls. Wenn A. sich beim Bildhauer nach genauen seiner Vorstellung entsprechenden Angaben ein Bildwerk bestellt, dann kann von der Verwirklichung seiner Vorstellung gesprochen werden, und wenn die Verwirklichung seiner Vorstellung auch nicht alleiniger Zweck des Werkvertrages ist, so ist sie doch Teil des Zweckes, Ziel der Wünsche des A. in dem Sinne, daß da etwas Vorgestelltes verwirklicht werden soll. Wir wollen also nicht etwa die Möglichkeit der Verwirklichung einer Vorstellung schlechthin leugnen. Nur soll beim Kauf nicht die Vorstellung einer Beschaffenheit verwirklicht werden, mag das Ziel der käuferischen Wünsche immerhin „ein Hut aus Haarfilz" sein.

Zum zweiten bedürfen Wolffs Ausführungen einer Richtigstellung dahin, daß in der Gegenüberstellung von Vorstellung und Wirklichkeit das Prädikat der Richtigkeit nicht nur der Wirklichkeit beigelegt zu werden braucht, um einen Irrtum zu ergeben, als käme es bei der Diskrepanz von Vorstellung und Wirklichkeit darauf an, welcher von beiden Polen der negative sei; daß, wenn die Vorstellung der positive, der richtige sei, kein Irrtum, sondern eine berechtigte Erwartung vorliege. Abgesehen davon, daß die Wirklichkeit, selbst wenn sie einer Annahme oder Erwartung widerspricht, niemals falsch genannt werden kann, und daß selbst in der Relation von Vorstellung und Wirklichkeit die Begriffe von „falsch" und „richtig" keine Berechtigung haben, abgesehen davon kommt es für einen Irrtum als die Diskrepanz von Vorstellung und Wirklichkeit nicht auf die Berechtigung der Vorstellung an. Und wenn es

darauf ankäme: Ist denn eine „berechtigte“ Vorstellung allemal eine „richtige“? Es ist immer fehlsam und führt zu Selbsttäuschung, verschiedene Begriffe nicht scharf nach ihrem Sinn auseinanderzuhalten sondern im Interesse einer tendenziösen Beweisführung zu vertauschen. „Berechtigung“ enthält ein subjektives Moment, „Richtigkeit“ ein objektives, und darüber hinaus besagen beide Begriffe ganz Verschiedenes. Wolff hat den Begriff der „Berechtigung“ auch gar nicht von der „Richtigkeit“ abgeleitet, sondern es ist die Berechtigung, die die Interessenlage und Situation des Käufers diesem zuspricht. Daraus hat Wolff dann wieder die Richtigkeit der Vorstellung gemacht. Wolff dürfte also nur fragen: „Wie, wenn die Vorstellung berechtigt ist, die Wirklichkeit aber nicht der Vorstellung entsprechend eintrifft?“

An dieser Formulierung korrigiere man zuvor die Annahme Wolffs, daß überhaupt in seiner Relation von Vorstellung und Wirklichkeit die Wirklichkeit etwas Nachfolgendes sei. Wolff scheint in dieser Annahme befangen, wie er ja behauptet, die Vorstellung des Käufers solle verwirklicht werden. Die irrige Vorstellung des Käufers hat gar nichts Zukunftsbezogenes. Hätte sie es, dann könnte allerdings der Irrtum in Zweifel gestellt werden. Denn wenn eine Erwartung, also eine auf die Zukunft bezogene Vorstellung, fehlschlägt, kann von Irrtum keine Rede sein, nur von Enttäuschung. Eine Frau, die sich einen Sohn wünscht und vorstellt und eine Tochter bekommt, hat sich schlechterdings nicht „geirrt“. Der Irrtum hat es immer mit einer auf Gegenwart und Tatsächlichkeit bezogenen Vorstellung zu tun. Und selbst, wenn die irrige Vorstellung praktisch auf etwas scheinbar Zukünftiges hinausläuft, liegt doch genau genommen ein Irrtum über Gegenwartstatsachen vor, auf Grund deren das mittelbar erwartete Ereignis seine Form und Gestalt erhält. So beim Kauf einer unbesehenen Sache. Der Blick auf den Augenblick der Übergabe darf nicht das Verständnis dafür trüben, daß die Vorstellung, um die es sich handelt, wie wir oben schon dargelegt haben, gegenwartsbezogen ist.

Wolff hat seine Gegnerschaft gegen den Irrtum im Tatbestand des § 459 gar zu nachdrücklich auf die „Erwartung“ statt auf die „Annahme“ aufgebaut. Und doch handelt es sich bei der Vorstellung in § 459 nicht um Erwartung sondern um gegenwartsbezogene Annahme. Wohl gibt Wolff zu, daß eine echte Erwartung überhaupt nicht irrtümlich im Sinne des § 119,2 genannt werden kann. Aber er betont es nur, um damit nachzuweisen, daß auch in § 459 kein Irrtum vorliege; denn für ihn ist „die Vorstellung des Käufers hinsichtlich der Beschaffenheit der Sache prinzipiell auf den Zeitpunkt der Erfüllung des Vertrages, also auf einen zukünftigen Zeitpunkt geichtet“[1]). Für ihn handelt es sich also bezüglich der

[1]) Wolff S. 38.

gekauften Sache prinzipiell um eine Erwartung. Das dürfte aber wie gesagt eine falsche Analyse sein. Die Vorstellung des Hutkäufers, der Hut sei aus Haarfilz, bezieht sich auf den Augenblick des Kaufabschlusses; es ist ein Trugschluß, diese Vorstellung deshalb auf die Zukunft zu beziehen, weil die der Vorstellung entsprechende Wirklichkeit erst später, mit der Übergabe des Hutes für den Käufer bedeutsam wird.

Zur Beseitigung etwaiger Zweifel braucht man nur den Vorgang des typischen Kaufes, des Handkaufes, zu analysieren. A. verlangt „diese Tafel Schokolade", auf welcher „Nußschokolade" steht. Seine Vorstellung, es handle sich um Haselnüsse (und nicht Erdnüsse) bezieht sich auf den Moment seiner Willenserklärung, nicht etwa auf den Augenblick, in dem er die Schokolade am nächsten Tage seinem Söhnchen schenken will. Ebenso wenig bezieht sich die Vorstellung bei einem Kreditkauf auf den Augenblick der Übergabe.

So stellt sich der Tatbestand des Irrtums dar, so liegt er auch in § 459 vor. Auf die Berechtigung der Vorstellung kommt es dabei für den Irrtum keineswegs an. Es kommt überhaupt nicht auf die Bewertung der Vorstellung an, und die Wirklichkeit bzw. Tatsächlichkeit läßt sich vollends gar nicht als richtig oder falsch bewerten. Eine berechtigte Vorstellung kann allemal eine falsche, nicht zutreffende sein. Vielmehr besteht der materielle Irrtum in dem „Widerspruch des Urteilsinhaltes mit dem Urteilsgegenstand"[1]).

Bei Wolff findet sich des weiteren ein der speziellen Entkräftung würdiger Einwand gegen das Vorliegen des Irrtums im Tatbestand des § 459 überhaupt. Wolff weist[2]) auf den Fall hin, daß die gekaufte Sache bei Kaufabschluß wirklich einwandfrei sei und vor der Übergabe mangelhaft werde, ein Vorgang, der nach § 459 ebenfalls Gewährleistung auslöst, obwohl man doch keinesfalls geirrt habe, vielmehr bei Abgabe der Willenserklärung die Vorstellung durchaus das Richtige getroffen habe.

Zunächst mag die Feststellung getroffen werden, daß Wolff auf derselben Seite, auf der er die käuferische Vorstellung von der Beschaffenheit der Sache auf die Zukunft bezogen sein läßt, in dem hier beregten Fall des § 459 den Irrtum deshalb ausschließt, „weil bei[3]) Abgabe seiner Willenserklärung der Käufer nicht im Irrtum war, sondern seine Vorstellung von der Beschaffenheit der Sache bei Abgabe der Willenserklärung durchaus der Wirklichkeit entsprach". Wenn die Auffassung von der Zukunftsbezogenheit der käuferischen Vorstellung von der Be-

---

[1]) Hagemann. Im Wörterbuch der philos. Begriffe unter „Irrtum".
[2]) S. 38. Vergl. Lippmann A.Z.P. 102. S. 339.
[3]) Wolff. S. 38.

schaffenheit der Sache Wolffs Überzeugung entspricht, dann dürfte er nicht plötzlich die selbst abgelehnte Auffassung zum Beweismittel machen.

Dabei bleibt völlig unerfindlich, inwiefern nur in § 119,2 „bei Abgabe" der Willenserklärung geirrt wird. Liegt denn das in § 459 als „Unwissenheit" ausgegebene Moment nicht bei Abgabe der Willenserklärung vor? Leidet die Willenserklärung des Käufers nicht im Augenblick ihrer Abgabe — wie könnte das anders verstanden werden! — an der im Augenblick der Abgabe herrschenden Unwissenheit? Entspricht etwa dem Augenblick der Abgabe der Willenserklärung in § 119,2 der zukünftige Augenblick der Vertragserfüllung im Tatbestand des Kaufes? Es handelt sich doch in beiden Fällen um Willenserklärungen, die für den gleichen Augenblick, nämlich den ihrer Abgabe, auf ihre Symptome zu untersuchen sind.

Aber davon abgesehen bleibt auch diese von Wolff selbst gebrachte und doch innerlich verleugnete Argumentation ein Lufthieb, denn es muß zwar zugegeben werden, daß der hier beregte Fall eines Kaufes keinen Irrtum enthält; denn bei Abgabe der Willenserklärung entsprach die Vorstellung von der Beschaffenheit der Sache der Wirklichkeit. Das tut aber der Behauptung von der prinzipiellen Wirksamkeit des Irrtums im Tatbestand des § 459 und seiner prinzipiellen Berücksichtigung seitens des Gesetzgebers keinen Abbruch. Denn das Gesetz stellt seine Prinzipien nach normalen, typischen Erscheinungen auf, nicht nach Ausnahmefällen. Aus dem Normalfall, daß sich der Käufer bei Kaufabschluß über die zu kaufende Sache eine falsche Vorstellung macht, insofern die Sache bereits einen ihm unbekannten Mangel hat, hat das Gesetz den Irrtum entnommen und ihn mit der Gewährleistung geschützt. Auf den Ausnahmefall, daß die Kaufsache bei Abgabe der käuferischen Willenserklärung mangellos ist, jedoch bis zur Übergabe mangelhaft und nun auch im mangelhaften Zustande übergeben wird, hat das Gesetz die Gewährleistung zu analoger Anwendung gebracht, weil die wirtschaftliche Interessenlage eine gleiche Regelung verlangt und verträgt, da ja auch die Frage nach der Billigkeit in beiden Fällen — man möchte sagen — die nämliche ist. Was Wunder also, wenn der Ausnahmefall keinen Anhaltspunkt zur Findung des Umstandes abgibt, der im typischen Regelfalle seine prinzipielle Regelung gefunden hat, und gegen die Annahme zu sprechen scheint, es handle sich prinzipiell bei der Gewährleistung um eine Maßnahme zur Korrigierung eines Irrtums!

Man darf sonach wohl nach allem sagen, daß Süß' und Wolffs Beweise gegen das Vorliegen eines Irrtums sowohl in begrifflicher als auch gesetzesrechtlicher Beziehung fehlsam sind, und daß Süß einen unwiderleglichen Beweis gegen den Irrtum schuldig

eblieben ist. Diese Überzeugung kann nur ermutigen, der Süßschen heorie im unmittelbaren Anschluß, bevor ihr innerer Gehalt zum chluß selber gewertet wird, die von ihm unangefochten gelassene Henlesche Irrtumslehre gegenüberzustellen. Im Zwecke der Arbeit egt es dabei, die Wiedergabe der Henleschen Auffassung eng an eine eigene Darstellung anzulehnen. Persönliche Abweichung in er Auffassung des inneren Systems wie daraus folgend der Darellung heischt dabei eine nicht unwesentliche Umgruppierung. Doch bleibt die Ursprünglichkeit der Henleschen Theorie davon nangefochten.

VI. Abschnitt.

Henles „Voraussetzungsirrtum."

§ 19.

Vorbemerkung.

Wesen der Willenserklärung.

Rechtsgeschäft ist[1]) im Gegensatz zu Realhandlung eine juritische Erklärung, die auf das Eintreten der im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen gerichtet ist. Die Abgabe der Erklärung erfolgt auf Grund des subjektiven Willens des Erklärenden, die Erklärung abzugeben. Dieser Wille gibt der Erklärung den Namen Willenserklärung. Dieser Wille kommt in der Willenserklärung unmittelbar zur Wirksamkeit. Er ist wesentliches Moment der Willenserklärung. Unwesentlich ist das Wollen des durch die Willenserklärung auslösten Rechtserfolges. Vollends unwesentlich das Wollen des durch die Auswirkung des Rechtserfolges bedingten wirtschaftlichen Erfolges.

Der Wille, der in einer Willenserklärung unmittelbar zur Wirksamkeit kommt, ist auf drei Stufen wahrnehmbar[2]). Erstens der Wille zum körperlichen Verhalten als solchen: der Betätigungswille. Dieser ist im Wesen der Willenserklärung mit gedacht. Wo er fehlt, liegt eine Willenserklärung im Sinne des Bürgerlichen Rechts nicht vor. Zweitens der Wille, der darin besteht, daß das Heraustreten des Gedankens, seine Eigenschaft als Erklärung, ihr Sinn und Inhalt gewollt ist: der Erklärungswille. Drittens der Wille des als gewollt erklärten Rechtserfolges, d. h. das Wollen des Erklärten, der Rechtserfolgswille. Dieser ist unwesentlich. Was hier Wille genannt wird, ist das Wünschen, das Anstreben des Erfolges. Dieses Anstreben ist nur der Trieb, der Impuls des Wollens des

[1]) Henle LB. S. 36.
[2]) Henle LB. S. 203.

Erfolges[1]) im Sinne der W i l l e n s erklärung. Das Eintreten des E folges kann nicht von dem Wollen des Erfolges abhängig gemacl werden; andernfalls müßte man den Eintritt des Erfolges davo abhängig machen, daß der Handelnde gewußt hat, der Erfol werde eintreten. Kommt es vielmehr auf Grund des Anstrebens d Erfolges zu einer Willenserklärung, also auf Grund der Absicl „ich will kaufen" zu der Willenserklärung „ich kaufe", dann lö nicht der Wille zum Erfolg sondern, wie die Vollzugstheorie lehr der Erklärende mit seiner Willenserklärung „ich kaufe" unmitte bar den Rechtserfolg aus, er vollzieht den Rechtserfolg, er b wirkt selbsttätig den Rechtserfolg nach der These Zite manns: „Rechtsgeschäft ist das, was Recht schafft". Die Wi lenserklärung besteht eben darin, daß man Recht schafft[2]), daß ma das Erscheinen des staatlichen Willens, der im Gesetz niedergeleg ist, bewirkt. Die Erklärung geht dahin, daß man diesen staatlich Willen in Erscheinung rufe. Somit lautet die Willenserklärung i haltlich gar nicht auf ein Wollen des Rechtserfolges, also auc keinesfalls auf ein virtuelles eventuell-nicht-wollen, und der Ker punkt der Willenstheorie: „Übereinstimmung von Wille und E klärung" hat nicht das Wollen des Erklärten, sondern nur de Erklärungswillen im Auge. Die Willenserklärung bedarf des Erklä rungswillens, aber nicht des Rechtserfolgswillens.

I. Teil.

Mängel des Erklärungswillens.

§ 20.

a) Fehlender Erklärungswille.

Willensmängel innerhalb der so verstandenen Willenserklä rung treten in Form des Irrtums über den Sinn als Willenserklärun auf, indem der Erklärende entweder über die Ernstlichkeit der E klärung im Irrtum ist oder überhaupt nicht weiß, daß er objekti eine Willenserklärung abgibt[3]). Der erste Fall ist in § 118 geregel Der Erklärende hat gar nicht die Absicht, eine rechtsgeschäftlich Erklärung in dem Sinne abzugeben, daß er damit einen Rechtserfol auslöst. Er will den Sinn als Willenserklärung, als rechtschaffend Akt nicht und gibt sich der Erwartung hin, der Erklärungs empfänger werde diesen seinen fehlenden Erklärungswillen nic verkennen. Nimmt der Empfänger die Erklärung dennoch fü ernst, dann hat sich der Erklärende in seiner obigen Erwartun getäuscht.

[1]) Henle LB. S. 41. 205.
[2]) Henle LB. S. 42.
[3]) Henle LB. S. 207.

Hier taucht wieder das Problem des Irrtums auf. Die oben ertretene eigene Auffassung muß die Annahme, daß es sich bei der hlsamen Erwartung des Erklärenden bezüglich der Ernstlichkeit m einen Irrtum handle, ablehnen. So, wie der § 118 dem Buchaben nach formuliert ist, ist in seinem Tatbestand kein Raum für e Vorstellung eines Irrtums[1]). Der Erklärende irrt über nichts, er wartet vielmehr etwas, was nicht eintritt. Diese Erwartung fußt uf dem fehlenden Erklärungswillen. Der Erklärende hat gar nicht en Willen, durch seine Erklärung den „staatlichen Willen in Erheinung zu rufen", sondern meint, der staatliche Wille werde ihn eshalb nicht beim Wort nehmen, weil er seine Erklärung ja nicht rnst meine, weil er ja nicht nur das als gewollt Erklärte nicht wolle, ndern auch nicht einmal eine wirksame, objektiv ernstliche illenserklärung abgeben wolle und des weiteren meint, der Gegner urchschaue seine Absicht z. B. der Renommage. Erwartungen, e enttäuscht werden, sind kein Irrtum. Die Frau, die einen Sohn att einer Tochter bekommt, hat sich schlechterdings nicht geirrt.

Wollte man in § 118 doch den Irrtum vertreten, so müßte man e Ausdrucksweise des Gesetzgebers korrigieren und behaupten, e Erwartung des § 118 sei nichts anderes als eine gegenwartsezogene Annahme. Der Tatbestand des § 118 würde sich, was den sychologischen Tatbestand betrifft, gegen eine solche Interpretion durchaus nicht wehren; denn man könnte mit Recht die Anht vertreten, der Erklärende nehme an, daß für den Augenblick iner Erklärung bereits der Vorgang und die gesamte Umrahmung iner Erklärung den Mangel der Ernstlichkeit erkennen lasse. olchenfalls könnte man mit Fug und Recht von Irrtum reden: der rklärende irrt über die Deutungsfähigkeit seiner Erklärung als nes Vorganges. Er nimmt an, der Gegner verkenne den Mangel er Ernstlichkeit auf Grund gegenwärtiger Momente nicht. Nimmt er Gegner ihn trotzdem „für ernst", dann kann man darin eben nen Irrtum des Erklärenden sehen. Diese willkommene Ausgungsmöglichkeit des Tatbestandes aus § 118 muß aber doch ohl hinter der gar zu ausdrücklich und bewußt betonten Zukunftsezogenheit der dortigen „Erwartung" („werde nicht verkannt werden") zurücktreten und somit, wie oben S. 56 nachgewiesen, auch en Irrtum als ausgeschlossen gelten lassen. Immerhin dürfte eine eringere Achtung vor dem Buchstaben des Gesetzes in diesem alle kaum den Vorwurf der Leichtfertigkeit verdienen.

Dem § 118 ist in diesem Rahmen mangelnden Erklärungsillens der vom Gesetz ungeregelt gebliebene Fall an die Seite zu ellen, daß der Erklärende die traditionelle Bedeutung seiner Erärung überhaupt nicht kennt, indem er entweder nicht weiß, daß in Verhalten überhaupt etwas bedeutet, oder wenigstens nicht

[1]) Anders anscheinend Henle S. 207.

weiß, daß die Erklärung sich als rechtsgeschäftliche darstellt[1]). Di Literatur regelt diesen Fall meist mit der Behauptung, es fehle hie an einem „Erklärungswillen im engeren Sinne", an dem Willen, ein Willenserklärung abzugeben, dahin, daß überhaupt keine Willens erklärung vorliege. Dieser Erklärungswille im engeren Sinne is aber neben dem Betätigungswillen eine überflüssige, ungerecht fertigte Schöpfung. Auch bleibt es anstößig, warum, wer über di Ernstlichkeit irrt, nach § 122 das negative Interesse ersetzen soll wer aber selbst aus grober Fahrlässigkeit über den Sinn als Willens erklärung überhaupt irrt, frei ausgehen soll. Hier ist vielmehr ana loge Anwendung der §§ 118, 122 geboten. Der „Trierer Weiner steigerer wider Willen" hat objektiv eine Willenserklärung abge geben, er wußte aber bei seinem Wink nicht, daß er damit ein Willenserklärung im traditionellen Sinne des Ortes abgab. Es fehl ihm der Erklärungswille in dem auf S. 59/60 dargestellten Sinne also Nichtigkeit der Erklärung wegen fehlenden Erklärungswillen wie in § 118 und negativer Interessenersatz.

§ 21.

b) Mangelhafter Erklärungswille.

Während unter a.) von Tatbeständen gehandelt ist, in dene es am Erklärungswillen fehlt, ist im Folgenden vom § 119,1 z handeln, dessen Tatbestand zwar einen Erklärungswillen vorsieh aber mit dem Irrtum des Erklärenden über den Inhalt der Erklärun operiert. Der Erklärende irrt nicht darüber, daß er überhaup etwas erkläre, sondern er will etwas erklären, irrt aber darüber, wa er erklärt. Dieser Irrtum über den Inhalt der Erklärung umfaßt de eigentlichen und den uneigentlichen Irrtum, indem beim eigentliche Irrtum das Erklärungsergebnis so zustande gekommen ist, wie de Erklärende es wollte. Hier wird der Entstehungsprozeß der Willens erklärung durch einen Irrtum beeinträchtigt. Der Irrtum haftet der Erklärungswillen an und macht ihn mangelhaft. (Beim Motivirrtu des Abs. 2 haftet der Irrtum dem Wollen des Erklärten an, macht e sich in dem Motivationsprozeß geltend, der die Willenserklärun zur Folge hat. S. u.). Der Erklärende irrt in seiner Beurteilung de objektiven Bedeutung seiner Erklärung; es liegt also ein echte Irrtum vor: Diskrepanz zwischen Urteilsinhalt und Urteilsgegen stand. Die unrichtige Vorstellung im Weltbild des Erklärenden ha ihn etwas sagen lassen, was er bei richtiger Vorstellung nicht sage würde, was er aber solange immer wieder sagen wird, als er kein Aufklärung über die Unrichtigkeit seines Weltbildes erfährt. Diese Irrtum beruht wie jeder echte Irrtum auf psychologischem Grund Die Fehlerquelle führt auf psychologische Unvollkommenheit zurück

[1]) Henle S. 209/10.

Der stärkere Grad des Willensmangels macht sich in dem neigentlichen Irrtum geltend, der — wie z. B. beim Versprechen — icht auf falscher Vorstellung, also im Psychologischen, sondern im hysiologischen beruht. Der Erklärende hat im Gegensatz zu den eiden in § 20 besprochenen Fällen und in Übereinstimmung mit em ersten Fall des vorliegenden Paragraphen einen Erklärungs- illen, nur will er die Erklärung nicht so abgeben, wie er sie ab- ibt; seine Erklärung kommt nicht so zustande, wie er es wollte, eil die physiologischen Bedingtheiten seiner Verlautbarungsmittel einem Willen nicht gehorchen. Er will eine Erklärung abgeben, ber nicht die abgegebene. Von einem Irrtum kann in dieser Ana- se schlechterdings nicht gesprochen werden. Sich versprechen ist ein Irrtum, dazu fehlt es an der dem Irrtum wesentlichen Vorstel- ngstätigkeit. Erst wenn der Erklärende auf Grund urteilender ätigkeit den physiologischen Tatbestand dem psychologisch beab- chtigten Tatbestand für entsprechend hält, kann um dieser Beur- ilung willen von Irrtum gesprochen werden. Da es meistens zu nem derartigen Irrtum kommt, ist es angebracht, diesen Fall des neigentlichen Irrtums hier in das System der Irrtumslehre ein- ureihen.

2. Teil.

Mängel des Rechtserfolgswillens.

§ 22.

Vorbemerkung zu c) und d) (§ 23—26).

Unter a.) und b.) des vorigen Teiles (§ 20 u. 21) war die ede von Erklärungstatbeständen, in denen es an dem rechts- eschäftlichen Willen fehlte oder mangelte, eine Erklärung ab- ugeben oder sie so abzugeben, wie man sie abgab. Der Wille, der nter a.) und b.) in Rede steht, ist der Erklärungswille. Unter a.) hlt er, unter b.) ist er wegen Irrtums mangelhaft. Wegen Irrtums angelhaft, d. h. daß der Wille dann als defekt bezeichnet werden uß, wenn sich in seinen Motivationsprozeß eine falsche Vor- ellung, — denn ohne Vorstellung keine psychologische Willens- etätigung[1]), — einschleicht. Das Motivationsergebnis muß dann benfalls als defekt bezeichnet werden. Im Folgenden wird unter) und d.) zu zeigen sein, daß diese gleichen Beobachtungen auch ei dem Rechtserfolgswillen gemacht werden können, d. h. bei dem Willen, welcher das Agens, der Trieb der Willenserklärung ist und as Erklärte, nicht mehr die Erklärung zum Gegenstand hat. Unter) handelt es sich dabei analog a.) um das Fehlen des Rechtserfolgs-

[1]) Vergl. u. S. 66/7. u. 82/3.

willens, unter d.) als dem Hauptteil der Darstellung um Mangel haftigkeit des Rechtserfolgswillens wegen Irrtums, um den „Voraus setzungsirrtum". Um der Geschlossenheit dieses ganzen System willen war es geboten, die Tatbestände unter a.) bis c.) kurz darzu stellen, obwohl der engere Zweck der Arbeit diese Darstellung al unwesentlich ausgeben könnte. Dennoch scheint die Verständigun mit der Irrtumslehre im Zusammenhang mit der Lehre von den Wi lensmängeln diese Einleitung nicht als unwesentlich abtun zu kön nen. Die eigene Darstellung durchbricht dabei zu Gunsten des de eigenen Auffassung entsprechenden Schemas die Henlesche Ein teilung[1]), deckt sich dann aber unter d.) wieder mit derselbe Die im Folgenden unter c.) zu behandelnde Mentalreservation ver dient eben um deswillen eine Herausnahme aus dem ersten Teil de eigenen Schemas[2]), weil es sich bei ihr um den Rechtserfolgswille handelt gleich dem Willen, der, wie unter d.) darzustellen, unte einem Voraussetzungsirrtum leidet. Die Fälle unter b.) und d. verdienen hinwiederum eine Gegenüberstellung mit denen unter a. und c.), weil sie einen mangelhaften Willen enthalten im Vergleic zu denen unter a.) und c.), die einen Willen überhaupt vermisse lassen. a.) und b.) handeln dann nur vom Erklärungswillen, c. und d.) vom Rechtserfolgswillen.

§ 23.

c) Fehlender Rechtserfolgswille.

Ist zur Gültigkeit der Willenserklärung der Erklärungswill erforderlich, so fragt sich ferner, ob zu ihrer Gültigkeit auch noc der weitere Wille erforderlich ist, das als gewollt Erklärte auc wirklich zu wollen, — der Wille, daß das auch wirklich eintrete was man erklärt, — der Rechtserfolgswille. Davon spricht § 116, BGB.: „Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sic der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Der Tatbestand liegt so, daß der Erklärende den Rechtserfolg, de er als gewollt erklärt, tatsächlich nicht anstrebt und in Selbs beobachtung dessen sich der Meinung hingibt[3]), der Rechtserfol werde nun, weil eben nicht gewollt, nicht eintreten können. Dahin daß der Erklärende sich vornehme, seiner Verpflichtung demnächs nicht nachzukommen, kann der Wortlaut des § 116,1 nicht ver standen werden. Ein derartiger Vorsatz ist keine Mentalrese

[1]) Henle behandelt auf S 203 unter a) den „mangelnden" Wille und bringt darunter die in vorliegender Arbeit unter a, b und c behandelte Fälle und unter b) auf S. 229 den „mangelhaften" Willen.

[2]) Henle reiht sie unter a., die Fälle „mangelnden" Willens.

[3]) Henle LB. S. 225. Henle „Vorstellungs- und Willenstheorie S. 41. 46. Vergl. v. Tuhr S. 555. (u. Anm. 10).

vation. Eine derartige Regelung besonders zu betonen wäre überflüssig.

Vom Standpunkt der Offenbarungstheorie aus könnte diese Norm, daß mangelndes Wollen den Erklärenden im Falle der Mentalreservation binden soll, als Ausnahme ihres Prinzips erscheinen. Nachdem aber der vollzugstheoretische Standpunkt nur den Erklärungswillen als wesentlich ausgibt, kann es auf einen weiteren Rechtserfolgswillen, d. h. also auch auf einen Willen, etwas Bestimmtes n i ch t zu wollen, nicht ankommen. Deshalb sollte es auch im Tatbestand des Satz 2 auf ihn nicht ankommen, sondern müßte um des Prinzips willen der Erklärende auch dort wegen des ausreichenden Erklärungswillens an seine Erklärung gebunden sein[1]).

Viel häufiger als der Fall des „geheimen Vorbehalts", der, wie in der Auseinandersetzung mit Süß' virtuellem Vorbehalt zu zeigen sein wird, ein aktueller, und wie das Gesetz besagt, trotzdem unwirksam ist, ist der vom Gesetz ungeregelt gelassene und der Literatur fast völlig entgangene Fall, daß der Erklärende nichts weiter als die Erklärung und eventuell ihren Effekt will, ohne sich das tatsächliche Nichtwollen insgeheim vorzubehalten. A, der gar kein Geld besitzt, verspricht z. B. B., ihm zehn Mark schenken zu wollen, wenn er ihm seinen Vorgarten umgrabe. Der gewollte Effekt der gewollten Erklärung ist nur, den B eifrig graben zu sehen; das „Schenkungsversprechen" aber ist nicht gewollt, und A glaubt auch, daß dasselbe deshalb unwirksam sei, weil es hätte schriftlich gemacht werden müssen. Wenn ihm der angegangene Richter nachher bedeutet, daß die Zehn-Mark-Schenkung nichts anderes sei, als ein vereinbartes Entgelt für die Dienstleistung (§ 133!), dann kommt es auf den fehlenden Willen A's, die zehn Mark zu zahlen, nicht an.

Dem System nach gehören auch die Fälle der Drohung hierher. Der Bedrohte hat keinen Rechtserfolgswillen, wohl aber und nur den Erklärungswillen.

Auch folgender Fall gehört hierher: A bewirbt sich, um dem Wunsche des Vaters Genüge zu tun, um eine Anstellung in einem ihm nicht zusagenden Betriebe in der stillen Erwartung, seine Bewerbung werde eine Ablehnung erfahren. Dem unerwarteten und unerwünschten Engagement kann er nicht mit dem Hinweis entgehen, er habe es nicht gewollt. Auch hier liegt kein geheimer Vorbehalt vor sondern ebenfalls ein Beispiel der im Verkehr viel häufiger vorkommenden, vom Gesetz ungeregelt gebliebenen „uneigentlichen Mentalreservation", wie Henle[2]) sie nennt.

---

[1]) Henle S. 226.
[2]) S. 226./8.

Als Ganzes lehrt dieser Abschnitt, daß aktuelle negative Willenstendenzen keine Berücksichtigung finden, solange sie nicht vom Erklärungswillen erfaßt und von ihm in der Willenserklärung zum Ausdruck gebracht werden. Denn nicht deshalb tritt in der Rechtswelt ein Rechtserfolg ein, und nicht deshalb bleibt in ihr ein solcher aus, weil das Anstreben, das Wollen im populären Sinne den Rechtserfolg will bzw. nicht will, sondern weil die Willenserklärung ihn auslöst. Um der Willens e r k l ä r u n g willen tritt der Rechtserfolg ein[1]), nicht um des Willens, des Rechtserfolgswillens wegen. Deshalb kann es auch nicht, wie unten zu besprechen, die im Rechtserfolgswillen liegende negative und zugleich virtuelle, unerklärte Willenstendenz, der virtuelle Vorbehalt sein, der die Rechtsfolge der Gewährleistung hat. Die Tatsache, daß es auf den Rechtserfolgswillen nicht ankommt, sollte der Urgrund sein, der sich der Wirksamkeit des virtuellen Willens, vor allem der stillschweigenden Voraussetzung verschließt. Zudem hat sich der Gesetzgeber doch gerade der Windscheidschen Voraussetzung widersetzt. Damals de lege ferenda hatte es Sinn, den Begriff der Voraussetzung als eine Rechtserscheinung eigentümlicher Art dem Gesetzgeber als besonderes Requisit zur Verarbeitung zu empfehlen. Heute de lege lata, wo das Gesetz ihm verschlossen geblieben ist, ist es ein zweckloses Beginnen, ihn als einen selbst-wirksamen, souveränen Begriff im Rechtsleben zu verfechten.

§ 24.

Vorbemerkung.

d) Mangelhafter Rechtserfolgswille.

Im Folgenden ist als einem wesentlichen Teil der Arbeit und als dem Hauptteil der Darstellung der Irrtums- und Willensmängellehre vom Henleschen Voraussetzungsirrtum zu handeln, der den auf den Rechtserfolg abzielenden Willen zu einem mangelhaften Willen macht.

Warum macht, um es noch einmal klarzustellen, ein Irrtum den Willen mangelhaft? Der Rechtserfolgswille[2]), das Wollen des Erfolges, setzt sich zusammen aus der Vorstellung des Erfolges und dem Streben nach dem Erfolg. Rechtsgeschäftlicher Erfolgswille ist psychologisch bedingtes Wollen, indem er durch eine Vorstellung in Tätigkeit, in Aktualität erwächst und von dieser Vorstellung bis zum Erfolg begleitet wird. Deliktischer Wille kann auch im Physiologischen bzw. im Instinkt begründet sein und sich ohne Vorstellung

[1]) Vergl. Henle LB. S. 41. 42. 204/5. Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft.

[2]) Vergl. o. S. 62. u. 59/60. Henle S. 205.

betätigen. Jeder rechtsgeschäftlichen Erfolgswillensbetätigung ist eine Vorstellung von der Beschaffenheit des Erfolges immanent. Diese Vorstellung ist „treibende" Vorstelung, wenn und weil sie den Willen zu einer Betätigung werden läßt, wenn und weil sie aus dem virtuellen Willen, das ist der Willensfähigkeit oder Willensbereitschaft einen aktuellen, sich betätigenden, wirkenden Willen macht. Treibende Vorstellungen nennt man allgemein Motive. Die Vorstellung spielt sich im Bewußtsein ab; es ist deshalb erklärlich, daß die Unvollkommenheit des menschlichen Bewußtseins auch irrtümliche Vorstellungen erzeugt. Überläßt man sich einer irrtümlichen Vorstellung, indem man seinen Willen, der durch sie ausgelöst wurde, von ihr treiben läßt, so muß sich auch in dem Endergebnis dieses Vorganges, dem Rechtserfolg, das irrtümliche Moment zeigen. Der Erfolg kontrastiert mit dem Ergebnis, zu dem eine irrtumsfreie Vorstellung den Willen getrieben hätte. In diesem Sinne sind treibende Vorstellung und getriebener Wille derart miteinander verschmolzen, daß der Wille von dem Defekt in der Vorstellung affiziert gelten kann. Der Wille ist mangelhaft auf Grund der irrtümlichen Vorstellung. Anders kann die Mangelhaftigkeit des Willens im Rechtsverkehr nicht verstanden werden[1]).

Die treibende Vorstellung kann sich auf einen Umstand in der Gegenwart richten; sie heißt dann „Annahme" und „trifft zu", wenn die Vorstellung, der Urteilsinhalt dem Umstande, dem Urteilsgegenstand entspricht. Die Vorstellung kann sich andererseits auf einen zukünftigen Umstand richten; sie heißt dann „Erwartung" und „schlägt fehl", wenn der Umstand nicht eintritt[2]). Unzutreffende Annahme ist ein Irrtum, fehlsame Erwartung eine Enttäuschung[3]); es sei denn, daß die Erwartung auf einem Irrtum beruht. Dann rechtfertigt eventuell dieser Irrtum die Bezeichnung der Erwartung als einer „irrtümlichen".

Nicht jede treibende Vorstellung, nicht jedes Motiv findet Berücksichtigung. Vielmehr sind die Motive analog dem Rechtserfolgswillen aus rechtspolitischen Gründen grundsätzlich unbeachtlich und werden nur in einem kleinen Ausschnitt vom Gesetzgeber anerkannt. In diesem Ausschnitt sollen sie „Voraussetzungen" heißen und als solche im Folgenden verstanden werden. Als solche sollen sie im Falle des Irrtums beachtlich sein[4]). Dabei entspricht es

---

[1]) So Henle, der LB. S. 218 von den Irrtümern als „Graden des Willensmangels" spricht. Anders und völlig unverständlich Süß S. 242. Es handele sich in § 119.2 keinesfalls um einen Willensmangel sondern um einen Vorbehalt, der wegen „nichtzumutbaren (?) Irrtums" wirksam sei.

[2]) Vergl. o. S. 61.

[3]) Vergl. Anm. 2.

[4]) Henle LB. S. 231.

dogmengeschichtlicher Entwicklung, unbeachtliche Motive nicht unter die Voraussetzungen zu reihen.

Die gesetzliche Regelung der Unbeachtlichkeit der Motive hat ihren Ursprung im römischen Recht, im error in substantia und im Kauf mangelhafter Ware. Das Gemeinsame beider Tatbestände ist von den Römern nicht herausgestellt und nach keinem gleichen Prinzip geregelt worden. So konnten beide Tatbestände getrennt Eingang in das BGB. finden und treten trotz äußerlicher Ähnlichkeit an verschiedenen Stellen auf: in § 119,2 der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden, und in § 459 die Fehler der Kaufsache, welche die Tauglichkeit für den gewöhnlichen Gebrauch aufheben oder mindern. Es handelt sich in beiden Fällen um dasselbe Problem, um den Ausschnitt, in welchem der Motivirrtum rechtliche Beachtung verlangt. In beiden Fällen spielt eine irrige Vorstellung in die Willensbildung der Partei hinein. Es fragt sich da, ob der Regelung beider Motivirrtümer ein einheitliches Prinzip zugrunde liegt.

§ 25.

aa) Irrtum in der Voraussetzung.

Der Tatbestand des § 459,1 sei an folgendem Beispiel analysiert: Käufer verlangt in einem Buchladen, der die mecklenburgischen Gesangbücher der Neuausgabe im Fenster hat, ein „neues Gesangbuch". Der Erfolgswille, ein solch neues Gesangbuch zu besitzen, erfährt seinen Impuls von allerlei Vorstellungen, z. B. daß der Erklärende mit dem alten Gesangbuch nicht mehr auskomme, oder daß das neue praktischer sei wegen der beigefügten Noten. Treibende Vorstellung oder Voraussetzung im zugrundegelegten Sinne der Wesentlichkeit ist die Voraussetzung, daß das erwartete neue Gesangbuch technisch zum Gebrauch geeignet sei. Diese Vorstellung umfaßt also auch die Annahme, daß sämtliche Seiten in dem Bande enthalten und nicht etwa die Seiten 40—60 zum Nachteil der Seiten 60—80 doppelt enthalten seien. Diese Annahme wirkt im Augenblick der Willenserklärung in dem käuferischen Willen und bezieht sich auf den gegenwärtigen[1]) Umstand der technischen Fehlerfreiheit. Nicht etwa handelt es sich um die Erwartung eines zukünftigen Umstandes, nicht etwa um die Verwirklichung dieser Vorstellung. Fehlen tatsächlich in dem übereigneten Gesangbuch zwanzig Seiten, dann trifft die Annahme der Fehlerfreiheit nicht zu, es erweist sich dann nachträglich diese Annahme als unzutreffend. N a ch t r ä g l i ch erweist sich das. Daraus darf nicht gefolgert wer-

[1]) Vergl. oben. S. 54/5.

den, daß es sich um eine Erwartung handle, in der man getäuscht wird, wie Wolff meint. Die Vorstellung, also der Urteilsinhalt kontrastiert im Augenblick der Willenserklärung mit der Wirklichkeit, dem Urteilsgegenstand; es liegt also ein echter Irrtum des Käufers in seiner Annahme, seiner Voraussetzung vor.

Der Einwand, daß es sich hier um eine Unwissenheit und deshalb nicht um einen Irrtum handle, verfängt nicht. Das Nichtwissen löst gerade den Irrtum aus. Wer in Bezug auf einen Umstand, den er nicht kennt, handelt, obgleich er ihn nicht kennt, der befindet sich schlechterdings im Irrtum über diesen Umstand, auch wenn er keine Erwägungen über diesen Umstand anstellt. Nach Kant[1]) irrt man, „weil man dasjenige Merkmal, das man an einem Dinge nicht wahrnimmt, auch von ihm verneint, und urteilt, daß dasjenige nicht sei, dessen man sich in einem Dinge nicht bewußt ist". — „Irrtümer sind bedingt durch die Beschränktheit der Wahrnehmung, Erfahrung, . . . durch Voreiligkeit, Vorurteile, vorschnelle Verallgemeinerungen, Kritiklosigkeit".

Wenn das Gesetz in § 459 nur von Fehlern der Sache spricht und, was diese anbetrifft, nur von solchen, die die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder erheblich mindern, so hat es damit aus der undenklichen Fülle möglicher Vorstellungen und Motive, die den Impuls für den käuferischen Erfolgswillen abgeben und ihn zum Erfolge vortreiben, eine bestimmte Kategorie herausgehoben, bezüglich deren es einen Irrtum berücksichtigen will, d. h. die es für so wesentlich hält, daß ein Irrtum in ihnen eine Berücksichtigung erfahren soll derart, daß das fehlerhafte Ergebnis, der defekte Rechtserfolg korrigiert werden darf. Diese berücksichtigenswerten Vorstellungen sollten Voraussetzungen genannt werden. Der Gesetzgeber hat in diesen Voraussetzungen eine Kategorie von Motiven geschützt, die im täglichen Verkehr zwischen Käufer und Verkäufer derart erheblich und üblich genannt werden können, daß es dem Verkäufer angesonnen werden kann und muß, sie gegen sich gelten zu lassen. Zudem handelt es sich in ihnen um Umstände, deren Kenntnisnahme dem Käufer deshalb nicht zur Pflicht gemacht werden kann, weil sie sich zumeist im ausschließlichen Wirkungsbereich des Verkäufers befinden. Es ist also nicht unbillig, daß der Verkäufer die Haftung für Umstände und Vorgänge seines eigenen Bereichs trägt. Er muß, wie Henle sagt, auf derartige Voraussetzungen, wie sie in § 459 angegeben sind, gefaßt sein, weil die Erfahrung ihn lehrt, daß jeder Käufer unter den nämlichen Verhältnissen diese selben Voraussetzungen macht. In diesem Sinne

---

[1]) Vergl. Wörterbuch der philos. Begriffe unter „Irrtum". Vergl. auch oben S. 52.

muß der Verkäufer darauf gefaßt sein, daß der Käufer erstens mit der Abwesenheit von Fehlern rechnet, die im allgemeinen jeder Käufer als nicht vorhanden voraussetzt, daß er zweitens das Nichtvorhandensein solcher Mängel annimmt, die er nach dem speziellen Vertrage als abwesend voraussetzen darf, und daß er drittens mit dem Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften rechnet.

In dieser Forderung, daß der Verkäufer auf Voraussetzungen gefaßt sein muß, die grundsätzlich und durchschnittlich zu den bestimmenden Voraussetzungen jedes Käufers zählen, liegt das Regulativ gegen eine unbillige und vom Gesetzgeber nicht gewollte Ausweitung der Fälle berücksichtigenswerter Mängel der Kaufsache. Andererseits gibt diese Forderung den Rahmen ab für die vom Gesetzgeber in § 459 aufgezählten Voraussetzungen. Man hat es dort also mit Fehlern zu tun, bezüglich deren Abwesenheit der Käufer Voraussetzungen macht, auf die der Verkäufer gefaßt sein muß. Irrt der Käufer in seiner Voraussetzung, dann ist sein Rechtserfolgswille mangelhaft, und wegen dieses als wesentlich anzusehenden Irrtums oder, was dasselbe ist, wegen des dieserhalb defekten Willens wird ihm das Recht gegeben, seine Willenserklärung zu modifizieren: er kann wandeln oder mindern, also Gewährleistung verlangen.

Unter Verwertung des Postulats, daß der Verkäufer auf Grund von Erfahrung und allgemeiner Anschauung auf bestimmte Voraussetzungen des Käufers bezüglich der Beschaffenheit der Kaufsache gefaßt sein muß und für dieses Postulat haftet, ergeben sich die Entscheidungen für folgende in der Literatur behandelte Fälle:

Käufer verlangt eine goldene Schale; er erhält eine kupferne. Voraussetzung des Käufers: Gold! Verkäufer muß dieselbe erkennen; also Gewährleistung! Eventuell liegt sogar Nichterfüllung vor.

Käufer fordert das Buch „Wie der Hirsch schreit“[1]). Er erhält die Psalmensammlung, die diesen Titel trägt. Voraussetzung des Käufers ist die Vorstellung jagdlicher Lektüre. Der gewöhnliche Buchhändler braucht auf diese andersartige Vorstellung nicht gefaßt zu sein; selbst dann nicht, wenn Käufer erklärt, das Buch einem Oberförster schenken zu wollen. Bloßer, wenn auch echter Motivirrtum! Käufer stellt sich unter dem Inhalt des geforderten Buches einen andersartigen vor. Keine Gewährsleistung, allenfalls Anfechtung!

Dieser Fall anders gestaltet: Käufer fordert „ein Buch über Hochwildjagd“; er bekommt vom linkischen Lehrling die Psalmensammlung „Wie der Hirsch schreit“. Voraussetzung des Käufers „Jagdlektüre!“ Diese Voraussetzung mußte der Verkäufer erkennen.

---

[1]) Beispiel bei Henle.

Also Gewährleistung wegen spezieller Untauglichkeit zum nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch.

K. kauft durch Bestellung Walfischfleisch, er erhält Haifischfleisch. Es ist überhaupt nicht erfüllt[1]). Anders RG. (Bd. 99 S. 149), welches Gewährleistung statuiert. Es ist aber geboten, auf diese Weise nicht die Nichterfüllung völlig zu ignorieren; sonst läuft man Gefahr, eine Anderslieferung zu selten als Nichtlieferung auszugeben und z. B. in der Lieferung von Äpfeln statt Apfelsinen oder gar Bananen statt Feigen Erfüllung zu sehen. Wo schon dem Wortlaut nach eine andere (aliud) als die bestellte bzw. gekaufte Ware geliefert wird, liegt allemal Nichterfüllung vor. Dann handelt es sich gar nicht mehr um eine Außerachtlassung von Voraussetzungen sondern um einen faktischen Widerspruch zu der Äußerung des Käufers. Wer ein Pferd statt eines Maulesels erhält, kann eines Erfüllungsanspruches nicht verlustig gehen, nur weil Maulesel und Pferd beides Zugtiere sind, noch dazu blutsverwandte. — — — Roggen statt Weizen: Erfüllungsanspruch! Desgleichen, wenn statt einer Zuchtgans ein Zuchtganter geliefert wird. Anders Achtung in diesen letzten Fällen nur im Falle des Irrtums „über" die Voraussetzung (vgl. unten).

Sommer- statt Winterweizen: Verkäufer muß die Voraussetzung, wenigstens eines Landwirtes, der im Herbst keinen Sommerweizen säen kann, erkennen und gegen sich gelten lassen; also Gewährleistung! Erfüllt aber ist, weil es nicht zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen[2]) des Weizens gehört, winterfest zu sein.

Wer statt „einer Sologeige" eine „Orchestergeige" erhält, verliert seinen Erfüllungsanspruch[3]), weil es nicht zu den begrifflichen Merkmalen einer Geige gehört, Sologeige zu sein. Aber er kann wandeln oder mindern. Der Mangel der Orchestergeige liegt darin, daß sie auf Grund ihrer minder wertigen Konstruktion die Klangschönheit einer Sologeige nicht hat. Käufer wird schon eine bestimmte Voraussetzung gemacht haben, wenn er „Sologeige" sagte. Diese Voraussetzung muß Verkäufer erkennen. Eine Orchestergeige nennt man nicht Sologeige; auf einer Geige kann ohnehin nur einer spielen. Unter „Sologeige" mußte eine Künstlergeige gemeint sein und verstanden werden.

Henle empfiehlt[4]) die Anwendung seiner Voraussetzungslehre ferner auf den Identitätsirrtum. Seine Beispiele und die sie erörternden Gedankengänge lassen dabei aber die Berücksichtigung der Möglichkeit der Nichterfüllung vermissen und räumen

[1]) So Ennecc. § 108. II. 1. e. Anm. 9.
[2]) Vergl. Ennecc. § 157 III. 3.
[3]) RG. Komm. spricht für Nichterfüllung. (§ 459. 4. I. d. ß. u. f.) RG. 97. 351 entscheidet „Fehlerlosigkeit", bezw. Erfüllung.
[4]) S. 236.

dem Irrtum eine nicht scharf genug präzisierte Stellung ein. Fälle des Identitätsirrtums werden nicht selten solche sein, in denen es an einem echten Irrtum gebricht und Nichterfüllung vorliegt.

„Fordert ein Verliebter im Reitinstitut das Pferd zum Kauf auf dessen Rücken gestern die Dame seines Herzens gesessen hat und wird ihm ein anderes Pferd mit der Angabe, dies sei es, verkauft“[1]), dann soll der Käufer wandeln können. Bedarf es dessen? Verkäufer hat ja gar nicht erfüllt. Käufer erklärte, das Pferd zu kaufen, auf dem gestern Fräulein X geritten habe. An diesem Relativsatz soll der Verkäufer erkennen, welches Pferd Käufer meine. Liegt bei Abgabe seiner Erklärung überhaupt ein Irrtum über die Identität vor? Nein! Hierüber darf die Tatsache nicht hinwegtäuschen, daß Käufer das erhaltene Pferd, weil er es nicht kennt, nachträglich vielleicht für das erwartete hält. Auf diesen nachträglichen Irrtum über den Erfolg kommt es beim Voraussetzungsirrtum nicht an. Der Voraussetzungsirrtum ist ein Defekt im Motivationsprozeß, ist Willensmangel. Darauf gilt es die Fälle des Identitätsirrtums zu analysieren.

Aber selbst dann kann der Henlesche Fall keinen Voraussetzungsirrtum im Henleschen Sinne hergeben, wenn er tatbestandsmäßig mit einem Irrtum in einer treibenden Vorstellung ausgestattet würde, wie folgt: Käufer hält irrtümlicherweise das vorgeführte Pferd für das seiner Herzensdame und kauft es, ohne dem Verkäufer sein Motiv zu nennen. Wohl liegt hier ein Irrtum vor; aber nicht in der Voraussetzung. Denn Voraussetzung sind diejenigen Vorstellungen, auf deren Obwalten der Verkäufer gefaßt sein muß und nach § 459,1 muß, wie oben ausgeführt, der Verkäufer auf Vorstellungen gefaßt sein, die Umstände zum Gegenstand haben, die im Verkehr als so wesentlich und allgemeinerheblich angesehen werden, daß der Verkäufer mit derartigen Vorstellungen rechnen muß. Mithin liegt hier nicht ein Irrtum über die Voraussetzung vor, „der deshalb unbeachtlich ist, weil der Käufer bei „verständiger Würdigung des Falles“ den Kauf dennoch abgeschlossen haben würde“[2]). Ob er das haben würde, kann ohne Kenntnis des Käufers nicht ohne weiteres beurteilt werden[3]). Sondern es liegt ein unbeachtliches Motiv vor, auf das der Verkäufer nicht gefaßt zu sein braucht, weil es kein verkehrswesentliches und -übliches ist. Diese Feststellung ist es, die dem Käufer die Weiterungen versagen muß. Es liegt so, wie im unten noch erwähnten Beispiel mit dem Rennsieger, bezüglich dessen Henle selbst sagt, „der Irrtum sei solchenfalls kein Voraussetzungsirrtum mehr und unbeachtlich“

[1]) Beispiel bei Henle S. 236

[2]) So Henle S. 247. 2.

[3]) Vergl. Ennecc. I. § 157 II. 1 a. Ob es überhaupt auch für § 119 darauf ankommt, vergl. Endemann I. § 71. Anm. 22.

Nur, wenn man den Fall so bildet, daß Käufer irrtümlich glaubt, Verkäufer setze seine (des K.) Voraussetzung voraus, kann § 119,2 in Erwägung gezogen werden. Doch muß auch dann Anfechtung versagt werden, weil die Vorstellung unbeachtlich ist, nicht, weil Käufer bei verständiger Würdigung doch gekauft haben würde.

Diejenigen Fälle, in denen der Käufer „in" einer unwesentlichen Voraussetzung irrt, als solche ausgeben zu wollen, in denen er „über" eine Voraussetzung irrt, und dann, wie Henle es auf S. 247 tut, den Vertrag dennoch bei Bestand zu lassen, weil Käufer bei „verständiger Würdigung des Falles" dennoch gewollt haben würde, scheint nicht nur umständlich, sondern auch unangebracht und fehlsam. Vorstellungen, auf die der Verkäufer nicht gefaßt zu sein braucht, sind doch damit nicht immer solche des § 119,2.

Es ist dann allemal so wie in dem Beispiel von dem Rennsieger[1]). K. verlangt das Pferd zum Kauf, das das letzte Rennen gewonnen habe. Erhält er ein anderes, dann behält er, wie oben gegen Henle erläutert, seinen Erfüllungsanspruch. Hat er aber nichts gesagt über sein Motiv und das vorgeführte Pferd gekauft, weil er es für den Rennsieger hielt, dann kann er nichts machen, denn der Irrtum ist solchenfalls kein Voraussetzungsirrtum mehr und daher unbeachtlich. Käufer könnte nur dann anfechten, wenn er irrtümlich gemeint hat, der Verkäufer setze seine (des K.) Voraussetzung voraus[2]).

Die von Henle angeführten Beispiele des Identitätsirrtums laufen mithin zumeist entweder auf Nichterfüllung oder auf einen Irrtum in einer unbeachtlichen Vorstellung hinaus. Dabei fußt diese Korrektur durchaus nicht auf einem Vorurteil gegen den Identitätsirrtum.

Folgendes Beispiel mag einen im Sinne Henles berücksichtigenswerten Identitätsirrtum bekunden: B glaubt im Besitz der Flöte Friedrichs d. Gr. zu sein und bietet sie mit dem Hinweis ihrer vermeintlichen Herkunft dem A zum Kauf an. A kauft und erhält sie. Seine Vorstellung ist im eigentlichen Sinne irrtümlich, sein Rechtserfolgswille kraft des Irrtums im eigentlichen Sinne mangelhaft: die Flöte ist nicht die Frs.d. Gr. B mußte auf diese Vorstellung gefaßt sein, denn sie ist eine generell bestimmende jedes Käufers. Der von letzterem bemängelte Umstand, die „Unechtheit", ist nun allerdings nicht ein Mangel im Sinne des § 459. Aber in Analogie zu § 459 muß dahin entschieden werden, daß A wandeln oder mindern kann, weil er sich in seiner Voraussetzung im echten Sinne irrte und der Verkäufer die Voraussetzung erkennen mußte und kannte. Warum auch hier nicht mit § 119,2 vorzugehen ist, wird

---

[1]) Henle S. 247.
[2]) Siehe Anm. 1.

die Besprechung des Tatbestandes des Irrtums „über die Voraussetzung“ ergeben.

Henle wendet das dogmatische Prinzip des § 459, wie er es darstellt, analog auch zu Gunsten des Verkäufers an, indem er dem Verkäufer gegebenenfalls ebenfalls ein Wandlungsrecht im Sinne des § 459 einräumt. Er greift damit die herrschende Meinung, die dem Verkäufer nur das Anfechtungsrecht aus § 119,2 zugesteht, in ihrer überwältigenden Mehrheit an. Vom Standpunkt des Irrtums in der Voraussetzung, auf die der Gegner gefaßt sein mußte, ist es jedoch gar nicht anders denkbar, als daß diese Analogie ihre Berechtigung haben muß. Wenn der Verkäufer eine goldene Schale irrigerweise für eine kupferne hält und für billiges Geld verkauft, dann ist sein Wille, in dieser Weise zu verkaufen, mangelhaft, weil er begleitet und motiviert wird von der irrigen Vorstellung, die Schale sei aus Kupfer. Er befindet sich psychologisch und auch tatbestandsmäßig in dem gleichen Irrtum wie der Käufer, der eine kupferne Schale in der Annahme kauft, sie sei aus Gold, sich also in der Vorstellung von der Beschaffenheit, in seiner Voraussetzung irrt und nun sein gutes Geld für minder wertige Ware weggibt. So gibt der Verkäufer irrigerweise vollwertige Ware gegen minder wertes Geld weg. Der Käufer jedoch muß auf diese Vorstellung gefaßt sein. Er muß darauf gefaßt sein, daß ein Verkäufer eine goldene Schale für den billigen Preis einer kupfernen Schale nur aus einem gewissen Irrtum heraus verkauft, denn auch andere Verkäufer würden solch billigen Preis grundsätzlich nur auf Grund der Verkennung des Materials fordern. Der subjektive Tatbestand ist hier analog dem Tatbestand auf Seiten des irrenden Käufers und berechtigt daher zu analoger Anwendung des dogmatischen Prinzips aus § 459 und seiner Auswirkung auf den Verkäufer.

Es verlangt allerdings die logische Konsequenz, daß dann in jedem Fall des Irrtums des Verkäufers der Käufer die Vertragskosten des § 467,2 dem Verkäufer zahle, wenn dieser wandelt (Minderung ist schlecht denkbar). Wenn Henle es auch für diesen Fall beim Wortlaut des § 467,2 beläßt, so verzichtet er auf logische Konsequenz. Allerdings trifft logische Konsequenz nicht immer das Billige. Keinesfalls aber geht es an, innerhalb der Analogie die Konsequenz aufzugeben[1]). Es wird im Folgenden noch die Aufgabe sein nachzuweisen, weshalb die herrschende Auffassung, daß für den irrenden Verkäufer nur § 119,2 in Anwendung komme, fehlsam ist. § 119,2 deckt einen anderen Tatbestand.

Rechtspolitisch liegt natürlich ein anderes Prinzip, als es auf den Käufer zur Anwendung kommt, vor; denn die Interessenlage

[1]) Vergl. Henle S. 237. u. 242, wo vier derartige Beispiele gegen diese notwendig erscheinende Konsequenz innerhalb der Analogie verstoßen.

s Käufers verlangt eine andere rechtspolitische Berücksichtigung
s die des Verkäufers, der über eine eigene, seiner eigenen Begut-
htung dauernd und grundsätzlich unmittelbar zugängliche Sache
t. Schon die historische Betrachtung ergab, daß die Regelung
s § 459 nur aus dem Interesse des Käufers erklärlich ist, der
gen den wirtschaftlich überlegenen Verkäufer in Schutz genom-
en werden mußte, weil es ihm mehr und mehr unmöglich wurde,
h die Kenntnis der Beschaffenheit der Kaufsache zu verschaffen,
e ihn vor einer irrigen und sich zu seinem Schaden auswirkenden
ewertung bewahrt.

Die Verschiedenheit der rechtspolitischen Prinzipien braucht
er nicht die Anwendung eines einheitlichen dogmatischen Prinzips
verbieten. Der Wert eines Dogmas besteht gerade darin, das
gmatisch einheitliche Moment für die Regelung rechtspolitisch
rschieden gelagerter Tatbestände abzugeben. So ist doch der
chtspolitische Gesichtspunkt für die Regelung der Tatbestände der
116 ff. jeweils ein anderer, das dogmatische Prinzip dagegen das
nheitliche der Willenstheorie, das Willensdogma.

Danach rechtfertigt sich des weiteren die analoge Anwen-
ng des Irrtums in der Voraussetzung auf die Tatbestände der
henkung, des Dienst- und Darlehnsvertrages und des Vergleichs.
ag bei der Schenkung der fehlende synallagmatische Charakter
ch gegen die Anwendung des rechtspolitischen Prinzips des Kaufes
ehren, das dogmatische kann dasselbe sein: Irrtum in der Voraus-
tzung, und das Wandlungsrecht in Analogie des § 459 gewähren.
er einen vermeintlich unechten Schmuck verschenkt, kann die
henkung rückgängig machen, wenn der Beschenkte die irrige
oraussetzung der Unechtheit erkennen mußte. Wer einen Buch-
lter engagiert, dessen Vorbestraftheit wegen hoher Unterschla-
ng er nicht kennt, über dessen Zuverlässigkeit er mithin irrt,
nn den Vertrag widerrufen, d. h. in Analogie zu § 459 wandeln;
nn der Dienstverpflichtete mußte erkennen, daß die Voraus-
tzung seiner Zuverlässigkeit seinen Dienstherrn zum Engagement
wog. Wieviel zweckmäßiger und selbst politisch einleuchtender
es, hier dem Gläubiger Wandlung zu gestatten statt Anfechtung,
e ihn mit der Beweislast des Irrtums belastet und ihn obendrein
otigt, dem vorbestraften und diese Tatsache weiter verheimlichen-
n Buchhalter das negative Interesse zu ersetzen. In Analogie zu
459, 467,2 müßte vielmehr der Buchhalter dem irrenden Dienst-
rrn die Vertragskosten ersetzen.

Der Zweck der Arbeit rechtfertigt leider kein näheres Ein-
hen auf diese interessante Frage der Bedeutsamkeit des Irrtums
der Voraussetzung in seiner analogen Anwendung auf sämtliche
n Henle skizzierten Möglichkeiten.

Somit läuft nach Allem die Henlesche Auffassung über da
Wesen und die Bedeutsamkeit des Irrtums in der Voraussetzun
als des dogmatischen Rechtsgrundes der Sachmängelhaftung bei
Spezieskauf auf folgende objektiv ausgeprägte subjektive Auffassun
hinaus: „Weil der Erklärende in seiner Voraussetzung von Eige
schaften von Personen oder Sachen, die Gegenstand seiner Willen
erklärung sind, irrt, kann er das Rechtsgeschäft rückgängig mache
kann insonderheit der Käufer wandeln oder mindern. Dabei sin
unter „Voraussetzungen" diejenigen treibenden Vorstellunge
über die Beschaffenheit des Erklärungsgegenstandes begriffe
die sich auf Umstände beziehen, die im Verkehr als so wesentlic
und allgemeinerheblich gelten, daß vom Verkäufer verlangt we
den kann und muß, auf diese Voraussetzungen gefaßt zu sein. G
rade deshalb, weil er auf sie gefaßt sein muß, muß er den Irrtu
des Erklärenden in seiner Voraussetzung gegen sich gelten lasse
Wandlung oder Minderung hat der Käufe
weil er in seiner Voraussetzung irrte".

§ 26.

bb) Irrtum über die Voraussetzung[1]).

Da Henle auch solche Fälle von Kauftatbeständen, die d
herrschende Ansicht unter § 119,2 stellt, dem § 459 unterstell
andererseits den § 119,2 da anwendet, wo man gemeinhin geneig
ist, mit der Regelung aus § 459 vorzugehen, nicht zuletzt, we
der Irrtum „in" der Voraussetzung aufs engste mit dem Irrtu
„über" die Voraussetzung zusammenhängt und der Tatbestan
des einen nur aus dem des anderen völlig verstanden werde
kann, vernotwendigt und rechtfertigt sich im Folgenden die Da
stellung des Irrtums über die Voraussetzung und seine Tatb
standsanalyse.

Der herrschenden Ansicht nach spricht auch § 119,2 vo
einem Irrtum im bisherigen Sinne und eben auch zumeist vo
nichts anderem als gerade ihm. Es wird gelehrt, daß, wer ein
Köchin engagiert, ohne ihre Untauglichkeit zum Kochen zu ke
nen, den Vertrag soll anfechten können, weil er in seiner Vorau
setzung, sie könne kochen, geirrt habe; es liege ein Irrtum übe
eine im Verkehr als wesentlich anerkannte Eigenschaft eine
Person vor.

Allerdings verkennt die herrschende Meinung nicht völlig
daß § 119,2 auch den Fall im Auge habe, daß der Erklärende de
irrigen Ansicht ist, daß auch der Gegner seine, des Erklärende

[1]) Vergl. Henle S. 243 ff.

orstellung als bei ihm, dem Erklärenden wirksam voraussetze. oer es fehlt in der Literatur an der Herausstellung der großen erschiedenheit der beiden Fallgruppen. Die Tatbestandsanalyse bei beiden so verschieden in den als wesentlich anzusprechenden mptomen, daß beide Tatbestände eine verschiedene Bezeichnung d eine verschiedene Regelung verlangen. Hier „Irrtum i n der oraussetzung“ mit der Folge der Gewährleistung — beim Kauf, ort Irrtum in der eigenen Vorstellung und ferner darüber, daß der egner auf diese Vorstellung gefaßt sei, darüber, daß die eigene orstellung den Charakter einer Voraussetzung im oben erörterten nne trage, also „Irrtum ü b e r die Voraussetzung“. Die Tatstandsanalyse mag das an Hand eines eindeutigen Beispiels geben:

Käufer verlangt in der irrigen, aus eigenem Urteilsmangel lgenden Annahme „diese prächtige Schale“. Er hält sie für eine berne. Verkäufer weiß ganz genau, daß es ein Fabrikat aus pakka ist. Er kann auch gar nicht vermuten, daß der Käufer sie r eine silberne hält. Der relativ hohe Preis entspricht durchaus m Wert der Schale als einer Handarbeit. Verkäufer braucht auch f die Vorstellung des Käufers nicht gefaßt zu sein, denn er hat chts dazu getan, in dem Käufer die Annahme, es handle sich um ne silberne Schale, aufkommen zu lassen. Voraussetzung ist das otiv, auf das der Verkäufer gefaßt sein muß. Motive, auf die der rkäufer nicht gefaßt zu sein braucht, bleiben unbeachtlich. Deslb kann der Käufer im vorliegenden Falle auch nicht Gewährstung verlangen, wie oben dargestellt. Der Käufer glaubte aber, mit einer silbernen Schale zu tun zu haben; er irrt darüber, daß r Verkäufer um diese seine Annahme wisse; er glaubt, der rkäufer verkaufe ihm die Schale als eine silberne. Wem Alpakka s Silber verkauft wurde, bei dem liegt der Tatbestand des § 459 Irrtum in der Voraussetzung, — wer Alpakka als Silber zu kaun m e i n t, bei dem liegt der Tatbestand des § 119,2 — Irrtum er die Voraussetzung, — vor.

Diese beiden Voraussetzungsirrtümer läßt die herrschende einung von § 119,2 erfaßt sein. Der Vertrag mit dem vorbeaften Buchhalter soll nur nach § 119,2 angefochten werden könn, andererseits soll der Käufer der Alpakkaschale in obigem Beiel anfechten können. Aber die Worte des Gesetzes können nur n dem einen oder dem anderen Falle, vom Irrtum i n der Vorauszung oder dem Irrtum ü b e r die Voraussetzung verstanden rden. Es gilt eine Wahl zu treffen zwischen der historischen ffassung, wonach die Bestimmung des § 119,2 auf den problatischen römisch-naturphilosophischen error in substantia zurückrt, und der systematischen Auffassung, nach der sie als Korrelat

der Lehre vom Irrtum in der Voraussetzung auf dem benachbarten Gebiet erwachsen ist.

Die historische Auffassung muß weichen[2]). Dem so verstandenen § 119,2 fehlt ein innerer Grund. Die römische „substantia" führte unter Einbeziehung der entsprechenden Personeneigenschaften zu den verkehrswesentlichen, d. h. durchschnittlich bestimmenden Eigenschaften[4]). Danach läßt sich weder begründen, daß nur der Irtum über diese Eigenschaften beachtlich sei, noch läßt sich eine Ausdehnung auf andere Irrtümer rechtfertigen.

Unverständlich wäre überdies nach solcher Auffassung die Verpflichtung des Anfechtenden zum Ersatz des negativen Interesses. Wem satt eines goldenen Zigarettenetuis ein vergoldetes verkauft wird, der soll, wenn er hinterher entrüstet die Unechtheit gewahr wird, das negative Interesse bezahlen, weil ihm § 459 deshalb versagt bleiben müsse, weil die Tauglichkeit zum Gebrauch nicht gemindert sei? Soll man dem vorbestraften Buchhalter das negative Interesse erstatten?

Unvermeidlich ist die Kollision zwischen dem historisch verstandenen § 119,2 und dem § 459, wie schon oben (S. 50) erörtert. Alle Versuche, zwischen dem Fehlen einer verkehrswesentlichen Eigenschaft (§119,2) und einem Fehler, der die Tauglichkeit für den gewöhnlichen Gebrauch aufhebt oder mindert (§ 459,1), einen sachlichen Unterschied zu entdecken, sind müßig und bisher gescheitert. Die Vorschriften gleichen sich äußerlich „wie ein Ei dem andern". Wenn das RG. den Knoten durchhaut mit der zweifelhaften Annahme, dem § 459 als der spezielleren Regelung dem § 119,2 gegenüber im Falle eines Kaufes die alleinige Geltung zuzusprechen, so beweist sich mit dieser vermuteten Notwendigkeit der Spezialisierung die falsche Auslegung des Sinnes des § 119,2.

Alle Schwierigkeiten schwinden, sobald sich die systematische Auffassung als die richtige und einzig mögliche erweist. Wenn das Fehlen einer Eigenschaft, die der Käufer vorauszusetzen berechtigt ist, so daß der Verkäufer auf sie gefaßt sein muß, zu schwerwiegenden Rechtsfolgen führt, dann muß auch der Irrtum des Käufers, der infolge Zerstreutheit oder unzutreffenden Ausdrucks irrigerweise meint, die Sache mit der vorgestellten Eigenschaft zu kaufen, rechtserheblich sein[5]). Die Beachtlichkeit des Irrtums in der Annahme, die vorausgesetzte (also verkehrswesentliche) Eigenschaft sei vorhanden (§ 459), verlangt nach Beachtlichkeit

---

[1]) Henle S. 244.
[2]) Siehe Anm. 1
[3]) Lenel. Jh. Jb. 44. 23: „Irrtum über wesentliche Eigenschaften" der legitime Sohn des error in substantia.
[4]) Vergl. Henle G.G.A. 1909. S. 594. v. Tuhr S. 578. RG. 94,2
[5]) Henle S. 245

uch des Irrtums in der Annahme, daß die vorgestellte Beschaffen-
eit vom Verkäufer als vorgestellt vorausgesetzt werde. Beachtlich-
eit des Irrtums i n der Voraussetzung einer Beschaffenheit verlangt
ach Beachtlichkeit auch des Irtums ü b e r die Voraussetzung der
eschaffenheit. War die Beschaffenheit vom Käufer vorausgesetzt,
nd mußte der Verkäufer diese Voraussetzung erkennen, so kann
er Käufer wegen Irrtums und Mangels vorgehen. Glaubte der
äufer, die Beschaffenheit sei auch vom Verkäufer vorausgesetzt,
ährend der Verkäufer von dieser Vorstellung weder wußte noch
was zu wissen brauchte, dann kann der Käufer wegen Irrtums
er die Voraussetzung anfechten und hat das negative Interesse
u ersetzen; selbstverständlich nur solange, als Gegenstand der
äuferischen Vorstellung ein wesentliches Beschaffenheitsmerkmal
t. So unterstehen die Fälle des Irrtums i n der Voraussetzung dem
459, die Fälle des Irrtums ü b e r die Voraussetzung dem § 119,2.
ur Feststellung des Tatbestandes des Irrtums in der Voraus-
tzung dient das Kriterium, ob der Verkäufer auf die Vorstellung
es Käufers gefaßt sein mußte. Mußte er es, dann Gewärleistung
egen Fehlens der vorausgesetzten Eigenschaft. Gegenstand der
oraussetzung sollen ja eben nur solche Umstände sein, auf die der
erkäufer wegen Wesentlichkeit gefaßt sein muß. Mußte der Ver-
äufer dagegen auf eine Vorstellung nicht gefaßt sein, wiewohl er
vielleicht war, dann kann der Käufer nichts machen. Bloße
otive fallen nicht unter die Voraussetzung und bleiben unberück-
chtigt. War drittens der Verkäufer auf eine Vorstellung nicht ge-
ßt, weil er nicht darauf gefaßt sein konnte und brauchte, glaubte
er der Käufer, der Verkäufer sei darauf gefaßt und setze diese
orstellung als eine solche im Sinne des § 459 voraus, dann liegt
as Kriterium des § 119,2 vor. Somit schließen sich § 119,2 und
459 gegenseitig aus. Das Gebiet der einen Vorschrift beginnt erst
, wo das der anderen aufhört.

Wer in einem Spezialgeschäft für Jagdartikel „ein Buch über
ochwild" verlangt und das Psalmenbuch „Wie der Hirsch schreit"
ekommt, kann wandeln; denn der Verkäufer mußte die Voraus-
tzung der Jagdlektüre erkennen. Käufer irrte in seiner Voraus-
tzung. Wer dagegen im allgemeinen Buchhandel das Buch „Wie
r Hirsch schreit" verlangt in der Annahme, es handle sich um
gdliteratur, kann anfechten. Er irrte in seiner Vorstellung und
erkäufer brauchte auf diese Vorstellung nicht gefaßt zu sein; aber
irrte über die Voraussetzung, indem er irrtümlich annahm, der
erkäufer setze seine Vorstellung der Jagdlektüre voraus.

Auch auf den Verkäufer findet § 119,2 Anwendung. Nicht
Sinne der herrschenden Meinung! Da, wo die herrschende Mei-
ng § 119,2 auf den Verkäufer anwendet, ist oben die Anwendung
s § 459 im allgemeinen als allein gerechtfertigt ausgegeben wor-

den. Der Verkäufer soll (vergl. oben) den Kauf nach § 459 rück gängig machen können, wenn er in seiner Voraussetzung über di Beschaffenheit der verkauften Sache zu seinen Ungunsten irrte un die Sache unterbewertete. Dem gegenüber steht ihm der § 119, dann zur Verfügung, wie hier zu besprechen, wenn er irrig an nimmt, der Käufer setze eine bestimmte Eigenschaft n i c h t voraus während der Käufer sie tatsächlich doch voraussetzt; also wen er über die Voraussetzung als einen Vorgang in der Psyche de Käufers irrt. Z. B.: Verkäufer bietet dem Käufer ein goldene Gefäß an, welches er, Verkäufer, für kupfern hält. Käufer weiß, da es golden ist, und Verkäufer verkauft objektiv auch als golden, — di Bezeichnungen golden und kupfern fallen eben beiderseitig nicht weil jeder seiner Sache sicher ist; aber er, Verkäufer, glaubt, er ver kaufe als kupfern. Verkäufer glaubt also, Käufer setze nicht voraus die Schale sei aus Gold, sondern setze gleich ihm voraus, die Schal sei aus Kupfer. Dann soll Verkäufer anfechten können und da negative Interesse bezahlen. Hatte der Verkäufer dagegen ein gol denes Gefäß irrig als kupfernes zu einem Kupferpreis an einen Käufe verschleudert, der auch nur Kupfer erwartete und voraussetzte, dann muß er wandeln können, weil der Käufer auf seine Vorstellung gefaßt sein mußte, — er, Verkäufer, mithin in seiner Voraus setzung irrte.

Ferner kann Verkäufer in folgendem Falle anfechten[1]): Käu fer hält eine kupferne Schale für eine goldene, weil er die Angabe der Verkäufers verwechselt. Er kauft „diese goldene Schale" in de irrigen Annahme, sie sei aus Gold. Verkäufer verkauft sie objekti auch als goldene Schale, meint aber, indem er über die irrige Vor stellung des Käufers, mithin über die Voraussetzung irrt, sie al kupferne zu verkaufen, indem er eben meint, Käufer wolle auch nu als kupfern kaufen. Der Käufer irrt also in seiner Voraussetzung die der Verkäufer erkennen muß aus der Erklärung: „diese golden Schale". Insofern kann jetzt Käufer mit § 459 gegen den Verkäufe vorgehen. Verkäufer dagegen irrte gleichzeitig ü b e r die Voraus setzung und kann deshalb dem Wandlungs- bzw. Minderungs anspruch des Käufers mit einer Anfechtung zuvorkommen.

Analog stellt sich schließlich die Anwendung dieses Prin zips auf die Fälle weiterer Verträge dar, z. B. des Dienstvertrages Von dem Dienstvertrag mit dem vorbestraften Buchhalter konnt man nach § 459, 462, wie oben dargestellt, wegen Irrtums in de Voraussetzung zurücktreten. Hatte aber der Buchhalter offenherzi seinen Fehltritt bekannt, der neue Chef ihn aber dahin mißver standen, daß sein früherer Chef wegen Unterschlagung im Gefäng nis gesessen habe, dann irrt der neue Chef über die Voraussetzun

[1]) Henle S. 246.

er Unbescholtenheit, weil dann der Buchhalter nicht mehr voraus-
etzt, der neue Chef rechne noch mit seiner Unbescholtenheit; dann
ann der neue Chef nicht mehr voraussetzen, daß der Buchhalter
eine Vorstellung voraussetze. Solchenfalls kann der neue Chef
ach § 119,2 anfechten.

§ 27.

Nachbemerkung.

Die Analyse des Tatbestandes des Irrtums über die Voraus-
etzung, wie er in § 119,2 seine gesetzliche Berücksichtigung er-
ihren hat, mußte im Gegensatz zum Irrtum in der Voraussetzung
nd seinem Tatbestand in § 26 gesondert hervorgekehrt werden,
m zu zeigen, welcher Art der Irrtum beim Kauf ist und welcher
rt er nicht ist. Dabei ist eindeutig zu Tage getreten, daß der Käu-
er vom Verkäufer Gewährleistung verlangen, also wandeln oder
indern kann, wenn er betreffs der Beschaffenheit des zu kaufenden
egenstandes in seiner berechtigten Vorstellung irrte, oder —
ndem man den Begriff der „Berechtigung" auf den Verkäufer
mprägt, — wenn er in einer Voraussetzung irrte, die Verkäufer
egen sich gelten lassen muß, weil, wie wir statuiert haben, Gegen-
tand der Voraussetzung nur solche Eigenschaften der Sache sein
ollten, die der Verkäufer als wesentlich zu respektieren hat, Eigen-
chaften, auf deren Voraussetzung er nach aller Erfahrung und
illigkeit gefaßt sein muß.

In dieser dogmatischen Begründung gehen alle mehr oder
eniger dogmatischen, meist politischen Begründungen auf, die
uf die Erwartung[1]) des Käufers abstellen und ihn gegen eine Ent-
äuschung[2]) und Übervorteilung schützen wollen, weil es unsinnig
t, jemandem die Berechtigung zu einer Erwartung zuzusprechen,
hne ihn zu berechtigen, sich wegen Fehlens eines Umstandes
einer berechtigten Erwartung einen Ausgleich zu sichern.

Diese dogmatische Begründung der Gewährleistung als
olge des Irrtums in der Voraussetzung lehnt sich bewußt und
achdrücklich gegen die Behauptung auf, nicht der Irrtum im Be-
eggrund sondern der Beweggrund[3]) selber sei der zureichende
rund der Wandlung und Minderung. Ein Beweggrund, sagt
olff, dessen Inhalt eine berechtigte Vorstellung bildet, könne
gischerweise nicht als irrtümlich bezeichnet werden. Wir haben
ben auseinandergesetzt, daß die „Berechtigung" der Vorstellung

[1]) Wolff S. 12/13: keine Beachtung des Willens, nur Schutz der
rwartung!

[2]) Wolff S. 43. v. Blume Jh. Jb. 55. S. 214, 228. Dagegen Heck,
rundr. d. Schuldrechts.

[3]) Wolff S. 39/40. Krückmann S. 26.

nicht den Blick dafür trüben darf, daß sie der Wirklichkeit nicht zu entsprechen braucht und solchenfalls eben unzutreffend und irrtümlich ist. Es kommt darauf an, ob sie „zutrifft" oder nicht, nicht, ob sie berechtigt ist. Wolff denkt bei seiner „Vorstellung" immer an eine „Erwartung". Deshalb wehrt er sich auch gegen den Begriff des Irrtums. Darin hätte er ganz recht. Aber es handelt sich beim Kauf nicht um eine Erwartung sondern um eine gegenwartsbezogene Annahme. Trifft diese nicht zu, dann liegt ein Irrtum vor. Wenn mir jemand einen Haarhut anbietet, dann nehme ich in dem Augenblick an, es für den Augenblick mit einem Haarhut zu tun zu haben. Ist es ein Wollhut, dann irre ich mich in meiner Annahme. Nicht ist es der Fall, daß ich da etwas erwarte, was eintreten soll, und deshalb gar kein Irrtum denkbar sei. Was sollte wohl eintreten? Daß der Hut aus Haar sei? Das ist oder ist nicht. Für eine Erwartung ist da kein Raum. Was beim Kauf erwartet wird, ist nicht die Beschaffenheit. Diese wird nicht erwartet[1]), mit ihr wird gerechnet, sie wird angenommen, vorausgesetzt.

Selbst Süß' letzter Angriff bringt den Irrtum nicht zu Fall: im Gegenteil, es zeigt sich, daß sich ein solcher Angriff mit einem unklaren Ergebnis rächt und dem Angreifer für weitere Argumentationen den Blick trübt. Süß, der § 119,2 und § 459 nur dadurch unterscheidet, daß er in Bezug auf den Tatbestand beider Paragraphen sagt[2]), § 119,2 spreche von Irrtum, — Zwiespalt zwischen (falscher) Vorstellung und (richtiger) Wirklichkeit, — dagegen handle § 459 von Unkenntnis, behauptet, das Gemeinsame beider Paragraphen liege darin, daß es in beiden Tatbeständen an einem Willensmangel fehle, und daß beide Tatbestände einen virtuellen Vorbehalt aufwiesen, den § 119,2 wegen „nicht zumutbaren Irrtums" über verkehrswesentliche Eigenschaften, § 459 „wegen Nichtzumutbarkeit der Gleichgewichtsstörung" für wirksam erkläre. Ist das Fehlen des Wortes Irrtum im Wortlaut des § 459 maßgebend für die Ablehnung des Irrtums in seinem Tatbestand? Daß die aus § 460 gefolgerte Unkenntnis den Irrtum nicht aus dem Felde schlägt sondern ihn geradezu statuiert, war oben erörtert. Wie kann man in einem Atem sagen, es handle sich nicht um einen Willensmangel sondern um einen Vorbehalt, der wegen Irrtums wirksam sei? Gerade, wo doch der Vorbehalt Ausdruck negativer Willenstendenz sein soll! Ist nicht der Willensmangel gerade durch den Irrtum bedingt? Der Irrtum macht den Willensmangel gerade aus. Irrtum in der treibenden Vorstellung ist Willensmangel.

Wie kann man den Irrtum aus § 459 damit verdammen wollen, daß man sich weigert, in dem Irrtum gerade den Willens-

---

[1]) Vergl. o. S. 54/5.
[2]) S. 242.

ıangel zu erkennen! Wer sich in einer treibenden Voraussetzung rrt[1]), gibt sich einem mangelhaften Willen hin. Der Wille ist infiiert von dem Defekt der Vorstellung. Der rechtsgeschäftliche Wille st aber so eng und unlöslich mit der Vorstellung verbunden, daß in Mangel in der Vorstellung auch den Willen erfassen und sich im Erfolg auswirken muß. Der Wille schafft den Erfolg. Hätte der Wille einen Mangel, — wäre es nicht der Wille, der den Mangel aufweist, dann könnte auch der Erfolg den Mangel, um dessen willen ıan den Erfolg korrigieren will, nicht aufweisen. Anders als in Form eines Irrtumsdefektes kann der Begriff des Willensmangels eim Rechtserfolgswillen gar nicht erfaßt werden[2]); sonst müßte ıan sich schon gegen Begriff und Vorstellung vom „Willensıangel" wehren. So ist die Mangelhaftigkeit des Willens zu verstehen, so wird sie gelehrt.

Was ist das im übrigen für ein Begriff, dessen Wirksamkeit bhängt von der „Zumutbarkeit eines Irrtums"[3])! Das werden wir veiter unten behandeln. Und wann und inwiefern ist ein Irrtum zumutbar"?[4]).

Es galt das dogmatische Prinzip für die vom Gesetzgeber ür die Sachmängelfrage beim Kauf getroffene Regelung herausstellen. Ein dogmatisches Prinzip wird gesucht im Hinblick auf erschiedene Tatbestände, die der Gesetzgeber aus rechtspolitischen Gründen wegen der Verschiedenheit der Interessenlagen verschieden geregelt hat. Es gilt dabei zu untersuchen, von welcher bergeordneten Rechtsidee sich der Gesetzgeber bei der Verschiedenartigkeit seiner politischen Regelungen hat leiten lassen. So rgab sich für das Institut der Sachmängelhaftung wie für die Möglichkeit der Anfechtung als dogmatisches Prinzip die Berücksichtigung des Voraussetzungsirrtums um seines Charakters als Willensdefekt wegen. Die Gewährleistungsansprüche at der Käufer wegen seines Irrtums in der Voraussetzung als dem treibenden Motiv, auf as der Verkäufer gefaßt sein muß, gefaßt sein ıuß in korrelatem Sinn zur Berechtigung des Käufers zu seiner Voraussetzung, wie sie von Wolff und allen mit Billigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen operierenden Schriftstellern verstanen wird. Dieses dogmatische Prinzip mußte sich in seiner begrifflichen Formulierung von politischen Begriffen frei halten, weil onst sein dogmatischer Wert fraglich wird. Es gilt nicht eine olitische Begründung für die Gewährleistung zu geben sondern ine dogmatische, und es muß gefordert werden, daß das Ergebnis

[1]) Vergl. o. S. 66/67.
[2]) Vergl. S. 67. Anm. 1.
[3]) Vergl. Süß S. 242.
[4]) Vergl. Anm. 3.

eines Versuches, eine solche zu geben, sich klar scheidet von einer politischen Begründung. Eine Begründung, die sich in der Hauptsache des Begriffs der Zweckmäßigkeit und Zumutbarkeit bedient und daneben als fragwürdigen als dogmatisch ausgegebenen Begriff den v. V. enthält, kann den Dogmatiker nicht befriedigen.

„Irrtum in der Voraussetzung" unter scharfer Abgrenzungsmöglichkeit der Voraussetzung von bloßen Motiven, das ist eine dogmatische Begründung, eine Begründung aus dem Willens- und Irrtumsdogma, und ihr Wert liegt in der Anwendungsmöglichkeit auf mannigfach verschiedene vertragliche Tatbestände.

VII. Abschnitt.

Kritik der Süß'schen Theorie.

§ 28.

1. Teil.

Fundierung im Gesetz?

Windscheid habe, so meint Krückmann,[1]) bei der Formulierung seiner Theorie von der Voraussetzung als einer unentwickelten Bedingung virtuell gedacht, aber sich aktuell ausgedrückt; denn der „eigentliche Wille" Windscheids sei die „statische Energie" eines Rechtsgeschäftes, sei virtuelle, potentielle Energie; dagegen sei Windscheids „wirklicher Wille" der wirkende, wirksame, der aktuelle Wille. Windscheid habe intuitiv einem virtuellen Willen das Wort geredet, nur habe er sich immer aktuell ausgedrückt und niemals ganz die Vorstellung von der Bedingung als der Äußerung eines aktuellen Willens aufgegeben. Hätte er sich dazu bereit gefunden, — hätte er den Schritt vom Aktuellen ins Virtuelle getan, dann wäre seiner Theorie der Erfolg sicher gewesen. Gedacht, intuitiv empfunden habe er das Richtige. Und so meint Krückmann, neben einer weiteren Korrektur die Aktualität durch Virtualität ersetzen zu können, um Windscheid als den Verkannten ausgeben zu dürfen und rehabilitieren zu können.

Es ist nicht Aufgabe der Arbeit, solche Versuche der Ehrenrettung für Windscheid zu hintertreiben. Aber Krückmanns Versuch mit dem v. V. kann nicht als taugliches Mittel gewertet werden. Im Gegenteil: „Konnte der Altmeister auf den Höhen einer besseren Welt schmunzelnd beobachten, wie der Grundgedanke seiner solange aus Unverständnis abgelehnten Lehre unter dem Einfluß der Geldentwertung der Nachkriegszeit im Sturm die

---

[1]) S. 9.

Geister übermannt hat“[1]), so muß er jetzt verdrossen beobachten, daß man ihm eine derartige Intuition zutraut, den Grund für die Unwirksamkeit von Willenserklärungen über die kinetische, aktuelle Energie des Wollens hinaus in der statischen, virtuellen Energie des Willens gesucht zu haben. Hätte Windscheid diesen Schritt getan, dann hätte er seiner Theorie den Boden entzogen. Windscheid wußte wohl, daß er als Jurist den Boden der Aktualität nicht verlassen durfte.

Noch niemals und nirgendwo hat das Willensdogma Virtualitäten des Willens berücksichtigt; es kennt sie nicht einmal. Krückmann und Süß setzen sich für deren Beachtlichkeit ein. Dabei enthält Krückmann dem interessierten Leser eine Theorie der virtuellen Willenserklärung vor: eine solche liege nicht im Plane seiner Arbeit[2]). Aber es sei offenkundig und unbestreitbar, daß das BGB. den virtuellen Willen in größter Unbefangenheit und Selbstverständlichkeit immer wieder anerkannt und zur Herbeiführung von positiven Wirkungen benutzt habe.[3]) Zuweilen sei dabei Aktuelles wie Virtuelles gleichermaßen berücksichtigt, und keineswegs solle behauptet werden, daß in den von ihm angeführten Gesetzesstellen (s. u. S. 87, 91) immer nur bloß Virtuelles geregelt sei. Im Gegenteil, häufig genug könne man sowohl aktuelle wie virtuelle Willenserklärungen demselben Rechtssatz unterstellen. Aber das beweise ja gerade so überzeugend, welches Bürgerrecht das Virtuelle längst im BGB. habe.

Da bedarf dann doch wohl die als Beweismittel behauptete Tatsache zunächst einmal des Beweises, ehe man von ihrer Überzeugungskraft reden kann. Wenn bisher in der Rechtswissenschaft vom Willen die Rede war, so ist dabei nie an etwas anderes gedacht als an die sich betätigende psychische Energie, das Wollen. Dieses Wollen ist aktiv, kinetisch in seinem Wesen, es ist aktuell im herkömmlichen Sinne von „wirklich“, „wirksam“, „geschehend“, es ist das von Vorstellungen getriebene und begleitete Wollen, das Wollen, das durch eine Vorstellung im Bereich des Bewußtseins des Wollensträgers ausgelöst wird. Der rechtsgeschäftliche Wille kann nur deshalb einen Erfolg haben, eine Wirkung hervorrufen, weil er wirkt im Sinne einer Aktualität, einer Betätigung, eines Wollens, das von Vorstellungen begleitet wird, nicht im Sinne einer Statik, einer Virtualität. Wollen ohne Vorstellung kann keinen Erfolg haben. Man kann nicht ins Blaue hinein wollen, wenn man einen bestimmten Erfolg will. Nur ein vorgestellter Erfolg kann gewollt und vom Wollen erwirkt werden. Ein Wollen ohne Vorstellung ist schon

---

[1]) Henle LB. S. 233. Vergl. Oertmann Geschäftsgrundlage S. 1.
[2]) S. 94. Anm. 136.
[3]) Vergl. Anm. 2.

im täglichen Leben kein geschäftliches Wollen, viel weniger ist es ein rechtsgeschäftliches Wollen. Rechtsgeschäftliches Wollen zielt immer auf einen vorgestellten Erfolg.

Im Gegensatz dazu stellt sich der virtuelle Wille als ruhender Wille dar, der wohl „dem Vermögen nach vorhanden" aber nicht tatsächlich wirksam ist, als Wille im Stadium der Untätigkeit, mithin der Unwirksamkeit. Wenn der virtuelle Wille Wille in einem dem aktuellen Willen entgegengesetzten Sinne sein soll und ist, dann ist er im Gegensatz zum wirksamen aktuellen Willen unwirksam. Er bleibt damit immer noch psychische Energie, aber nicht kinetische, sondern wie Krückmann selbst sagt, statische, ruhende, in Bereitschaft liegende Energie. In diesem Sinne ist der virtuelle Wille keine Betätigung sondern eine Veranlagung, eine Kraft, die vorhanden ist ohne Vorstellung, ohne daß das Bewußtsein sich dieser Kraft bedient. Die Psychologen mögen den Beweis erbringen, ob ein virtueller Wille überhaupt „will". Der Jurist muß es verneinen, daß ein virtueller Wille, ein bloßes Wollensvermögen von Bedeutung für die Schaffung oder Vermeidung rechtlicher Veränderungen ist.

Wenn Frau X für ihren scheintoten von ihr seit vierundzwanzig Stunden als verstorben betrauerten Mann einen Sarg bestellt, dann läuft neben dem aktuellen Willen, der den Sarg will, die Vorstellung her, der Mann sei tot. Der virtuelle Wille soll nach Krückmann sich dagegen im Augenblick der aktuellen Willenserklärung nicht etwa bewußt sein, daß er nicht wollen würde, wenn er wüßte, daß der Mann noch lebe. Krückmann formuliert den virtuellen Vorbehalt vielmehr rückblickend im Konjunktiv Plusquamperfekti: Ich würde nicht gewollt haben, wenn ich gewußt hätte, daß — . Das Virtual hat eben auch gar keine Vorstellung. Vorstellungen sind nur Voraussetzung eines Wollens, einer Willenstätigkeit. Für das Virtuelle sind sie nicht vonnöten. Das Virtual der Frau X muß ins Unbewußte oder Unterbewußtsein verlegt werden. Ihr kommt nicht ein Hauch einer Vorstellung, der Mann lebe noch und sie brauche deshalb den Sarg „in Wirklichkeit" nicht. Ein wirksamer, aktueller Wille wird vom Bewußtsein umfaßt, ein virtueller Wille liegt im Unbewußten.

So muß auch im Falle einer nicht in Aktualität erwachsenen stillschweigenden Voraussetzung die „Selbstbeschränkung des Willens" aufgefaßt werden. Der Wille ist es, der sich selber beschränkt, d. h. in unabhängigem Eigendasein vom Bewußtsein seines Trägers. Es ist nicht so, als ob das Rechtssubjekt, der Willensträger seinen Willen beschränke. Dieser Begriff der „Selbstbeschränkung" ist ein trügerischer. Es handelt sich eben beim Virtual nicht um eine Betätigung des Willens, wie das Wortgefüge „Selbstbeschränkung des Willens" auszugeben scheint.

In diesem Sinne muß der virtuelle Wille aufgefaßt werden. Die Begriffe „virtuell“ und „aktuell“ liegen psychologisch und philosophisch fest. So hat denn auch Krückmann die Virtualität verstanden. „Die Selbstbeschränkung im richtig verstandenen Sinne Windscheids ist potentiell, virtuell, aber nicht aktuell. Es handelt sich um die statische Energie des Rechtsgeschäftes“[1]). Windscheid aber gab und durfte nicht zugeben, daß er mit einer virtuellen Vorstellung operiere. Er dachte aktuell und wußte, daß er nicht virtuell denken durfte. Das beweist der Begriff seiner „unentwickelten Bedingung“, ein aktueller Begriff. Wie hätte er sonst auch behaupten können, seine an den Tag gelegte Voraussetzung sei durch Auslegung zu finden. Er dachte aktuell und empfand auch aktuell. Erst Krückmann hat die Idee der Virtualität.

So unterscheidet sich denn auch der virtuelle, statische Wille streng vom vermutlichen, stillschweigenden[2]) und nicht bekundeten oder stillschweigend vorbehaltenen Willen. Alle diese Willenssymptome sind Symptome, Bekundungsformen eines aktuellen Willens. Auch der vermutliche Wille ist kein virtueller Wille, wie Krückmann ihn zur Stütze seiner Lehre ausgeben möchte.

Wie steht es demnach um die Berechtigung der Krückmannschen Behauptung, daß der virtuelle Geschäftsinhalt etwas Rechtserhebliches sei, den wir alle Tage in Auslegungsfragen benutzen, um durch ergänzende Auslegung festzustellen, was dem Parteiwillen entspricht? Denn darüber solle man sich keinen Täuschungen hingeben: Was heutzutage durch Auslegung in die Erklärung hineingelegt werde, sei nur zum Teil aktuell; in der anderen Hälfte aller Fälle sei es virtuell[3]). Vor allem im Erbrecht spiele die Frage: Was würde der Erblasser angeordnet haben, wenn er an alles gedacht oder alles gewußt hätte, eine große Rolle. Diese Auslegung sei virtuell, nicht aktuell. Das lehre, daß der virtuelle Geschäftsinhalt positiv wie negativ bewertet werden könne. Positiv, um dem Geschäft bestimmte Wirkungen zu geben, negativ, um das Geschäft wirkungslos zu machen. Die Voraussetzung habe nur die negative Funktion.

„Beauftragter und Verwahrer dürfen sich entgegen dem aktuellen Willen der Gegenpartei auf deren virtuellen Willen berufen, um sich zu entlasten“[4]). (§ 665, 692). Richtig ist an dieser Behauptung, daß Beauftragter und Verwahrer gegebenenfalls den aktuellen Willen, d. h. den in der Willenserklärung, — im Auftrag und der Verwahrungsanweisung, — erklärten Willen ignorieren und anders verfahren dürfen, als ihnen aufgegeben. Aus welchen Worten der

[1]) Krückmann S. 9.
[2]) So auch Krückmann S. 265.
[3]) Krückmann S. 63. 64.
[4]) Krückmann S. 94.

§§ 665 und 692 aber ist zu folgern, daß die Art der Abweichung in der Erledigung der Aufgaben dem virtuellen Willen des Erklärenden entspreche und daß es das Virtuelle dieser Erklärung sei, welches diese Abweichung zur Folge habe? Das Virtual ist nach Krückman selber der Erklärung immanent[1]). Die Abweichung von der aufgetragenen Betätigung des Beauftragten wird doch nun aber wegen Umstände erforderlich, die n a ch Abgabe der Erklärung eingetreten sind. Das der Erklärung immanente Virtual löst doch eine Rechtswirkung, bzw. hemmt eine solche, wenn überhaupt, so doch nur im Augenblick der Erklärung aus. Wenn Krückmann mithin spätere Virtualitäten maßgebend und wirksam sein läßt, dann sind es nicht mehr die der Erklärung immanenten Virtualitäten, sondern die dem Willen des Erklärenden zur Zeit der späteren Auftragsausführung immanenten Virtualitäten. Damit ist aber auf den Charakter als virtueller Willenserklärung verzichtet und ein jeweiliges Virtual des Auftraggebers maßgebend gemacht. Oder will Krückmann etwa lehren, das der Erklärung immanente Willensvirtual beziehe sich blankettmäßig auf sämtliche Veränderungen späterer Interessenlagen, die eine Abweichung von dem ursprünglichen Auftrag erforderlich machen könnten? Ein derartiger Begriff mit derartiger Wirkung wäre sinnlos. Zur Debatte steht nur das der Willenserklärung immanente Virtual.

Und zwar steht es zur Debatte in Form der Frage, ob solch Virtual eine rechtliche Wirksamkeit hat, weil der Gegenstand oder Inhalt des Virtuals irgendwie gewollt ist, wie ja auch bei Windscheid zur Debatte steht, ob die mit der Erklärung angeblich erklärte Voraussetzung rechtliche Wirksamkeit in dem Sinne hat, daß, wie oben dargestellt, die Rechtsfolge unmittelbar durch sie ausgelöst wird. Daß aktuell nichts gewollt und als gewollt erklärt ist oder doch etwas anderes, war dabei Ausgangspunkt der Erwägung. Das sei erläutert an dem ebenfalls von Krückmann als Beleg für seine Auffassung angeführten §§ 677/78[2]). Der gestor soll sich über den wirklichen Willen des Geschäftsherrn, der ihm unbekannt ist, hinwegsetzen und auf dessen virtuellen Willen berufen dürfen. Der mutmaßliche Wille, von dem die §§ 677/78 reden, sei der virtuelle Wille.. Warum ist eine Veränderung der Auffassung des Willens vom unbekannten aktuellen in den virtuellen erforderlich? Ist deshalb der Wille virtuell, weil der gestor den aktuellen Willen nicht kennt? Oder hat der Geschäftsherr im Augenblick gar keinen aktuellen Willen? Wie kann überdies der gestor den virtuellen Willen erkennen, wenn ihm der aktuelle Wille verborgen bleibt? Der aktuelle Wille ist doch viel greifbarer als der virtuelle!

---

[1]) S. 61.
[2]) S. 94.

Und wenn schon der aktuelle Wille nicht erkennbar ist, dann soll es der virtuelle Wille sein, der vom gestor zu berücksichtigen sei, — der virtuelle Wille, der nicht einmal in die Vorstellung bzw. das Bewußtsein des Trägers eingeht?

Die Fehlsamkeit dieser Auffassung ergibt sich aus der Betrachtung des Zweckes der Vorschriften des § 677/78 und der Aufgabe, die das Gesetz dem gestor stellt: Es soll dem gestor die Möglichkeit gegeben werden, sich der einmal im Interesse des Geschäftsherrn übernommenen Geschäftsführung auch dann in berechtigender Weise zu entledigen, wenn er nicht weiß, wie der aktuelle Wille des Geschäftsherrn lautet. Dann soll er fragen, was diesem Willen „entspricht". Das Gesetz sagt, er solle zu dem Zwecke den mutmaßlichen Willen erfragen, d. h. er soll sich selbst fragen, er soll eine Vermutung darüber anstellen, was der Geschäftsherr wohl wollen würde, wenn er wüßte, daß seine Interessen augenblicklich eine Entscheidung von ihm heischten, und er vor eine diesbezügliche Frage gestellt würde. Das heißt nichts anderes, als daß der gestor der Interessenlage[1]) des Geschäftsherrn entnehmen soll, welche Maßnahme dieselbe von ihm, dem gestor, erheische[2]). Nicht auf dem Willen des Geschäftsherrn, sondern auf seiner Interessenlage liegt die Betonung und muß sie liegen, weil der Wille ja eben nicht bekannt ist und befragt werden soll und kann. Ob dann die vorgenommene Maßnahme dem Willen des Geschäftsherrn entspricht, ist nicht von Belang, wenn nur die Berücksichtigung der Interessenlage des Geschäftsherrn (in dem Wort Interessenlage ist die Subjektivität des Geschäfsherrn hinreichend berücksichtigt) diese ergriffene Maßnahme als angemessen und angebracht erscheinen läßt. Der gestor soll, so kann man sich kurz und populär ausdrücken, „sich fragen", welches wohl der aktuelle Wille des Geschäftsherrn „wäre, wenn er wollte". Nicht soll und kann er fragen, welches ist sein aktueller Wille. Er soll s i c h fragen, welches wäre eventuell der Inhalt des aktuellen Willens, welches wäre die Vorstellung des Geschäftsherrn. So macht Krückmann, was den mutmaßlichen Willen anbetrifft, aus dem eventuellen Inhalt des aktuellen Wollens die Virtualität des Willens, aus der Eventualität die Virtualität. Dabei kommt es aber auf den wirklichen Willen, ja nicht einmal auf den Willen als solchen an sondern darauf, was die Interessenlage des angeblich virtuell Wollenden heischt. Und wiederum: kann das angeblich Virtuelle des Geschäftsherrn einen Rechtserfolg auslösen? Ist die gesetzliche Vorschrift, daß der mutmaßliche, also nicht der tatsächliche Wille — wenn der Geschäftsherr gerade schläft oder gar gestorben ist, dann hat er ja überhaupt

---

[1]) Vergl. Lehmann. Allg. Teil. S. 192. b.
[2]) Vergl. Anm. 1.

keinen Willen — maßgebend sein soll für die Berechtigung der gestorischen Maßnahmen, der Beweis dafür, daß das Virtual einer Willenserklärung einen Rechtserfolg auslöst? Welches wäre ein solches Virtual des Geschäftsherrn, welches wäre die Wirkung, der Erfolg solchen Virtuals? Handelt der gestor, weil der Geschäftsherr es wollte, es auch nur virtuell wollte? Keineswegs! Rechtsgeschäft schafft Recht. Die Willenserklärung löst den Rechtserfolg aus. Löst in dieser Weise das Virtual des Geschäftsherrn einen Rechtserfolg aus?

Kruckmann begreift eben unter dem Virtual der Willenserklärung alles das als gewollt, was der subjektiven Interessenlage[1]) entspricht. Daher muß sein Begriff ins Uferlose führen. Was die subjektive Interessenlage erfordert, ergibt die Beobachtung dessen, der sie laut Gesetz zu berücksichtigen hat. Die Beobachtung erstreckt sich dabei auf die rechtliche und tatsächliche Situation, nicht auf den Willen dessen, der gar nicht „will". Tatsächlich hat Kruckmann seine Theorie denn auch aus der clausula rebus sic stantibus entwickelt[2]), die auf objektive Momente abstellt. In ihr hat Kruckmann nach der subjektiven Wurzel geforscht und glaubt sie in dem virtuellen Willen gefunden zu haben. Schon diese Herleitung beweist, daß der virtuelle Wille nichts weiter ist, als die objektive Interessenlage ins subjektiv-individuelle übertragen und willensmäßig ausgeprägt. Der Tatsache aber, daß es auf den Willen nicht ankommt, kann man sich auch nicht entziehen, indem man sagt, der Nichtwollende habe aber virtuell gewollt. Eine Scheidung des Willens in aktuellen und virtuellen ist unangebracht und muß zu endlosen Paradoxien[3]) und zur Vergewaltigung aller Tatbestände führen, in denen der Wille des vom Gesetz ins Auge gefaßten Subjektes eine Rolle spielt aber nicht eindeutig erkennbar ist, und derjenigen Fälle, in denen es jemandem zur Pflicht gemacht ist, die rechtlichen Interessen eines anderen wahrzunehmen und zu vertreten.

Es entspricht sonach bislang nicht den Tatsachen, daß das Virtuelle des Willens im Sinne einer Willenserklärung rechtlich bedeutsam sei, sei es in Bezug auf einen Dritten, der die Interessen

---

[1]) Vergl. o. S. 89. Anm. 1.

[2]) Vergl. Krückmann in Jur. Wochenschrift. 1922. S. 68. 1928. S. 115. Siehe S. 103. (Anm. 2.)

[3]) Krückmanns virtueller Vorbehalt ist eine bloße Hypothese. Es ist ihm nirgends gelungen anzugeben, inwiefern der Erklärende einerseits nicht gewollt, andererseits gewollt habe. Die Verwendung der Begriffe aktuell und virtuell kann darüber nicht hinwegtäuschen. Und selbst wenn ihm diese Angabe gelingen würde, ist damit nichts gewonnen; denn es kommt darauf an, ob der Erklärende seinen virtuellen Willen erklärt oder nicht. Er erklärt ihn aber nach Kruckmanns eigener Darstellung nicht.

nes anderen wahrzunehmen verpflichtet ist, noch für den, dem eine Willenserklärung zugeht und der sie annimmt.

Auf S. 64 führt Krückmann des weiteren fünfundvierzig Paragraphen mit der Vorgabe an, in ihnen statuiere der Gesetzgeber ne Berücksichtigung des virtuellen Willens. Neunundzwanzig ieser Paragraphen enthalten eine Auslegungsregel, daß, wo Zweifel ber den Inhalt einer Willenserklärung bestünden, dieses oder jenes ngenommen werden solle. Diese Paragraphengruppe ist nach rückmann ein Beleg dafür, daß der virtuelle Wille eines Rechtsubjektes rechtsgeschäftliche Wirksamkeit habe.

Ob die Annahme Krückmanns, in den Auslegungsparagrahen sei der virtuelle Wille berücksichtigt, zutrifft, mag die Tatestandsanalyse zweier Beispiele ergeben:

Nach § 926,1 und 2 soll angenommen werden, daß sich die eräußerung eines Grundstückes auf das Zubehör erstrecken soll. n Schweden werden Grundstücke grundsätzlich ohne Zubehör verauft. Das Inventar wird vielmehr versteigert. Vergißt ein Schwede, er ein deutsches Grundstück verkauft, eine beweiskräftige Abrede, as Zubehör vom Verkauf auszunehmen, dann spielt nach § 926 eine Vorstellung und sein Wille, das Inventar auszunehmen, keine olle. Sein aktueller, aber nicht geäußerter Wille, der sich an seien angeborenen Vorstellungen orientiert, geht auf Ausnahme des nventars. Dieser aktuelle Wille bleibt unberücksichtigt, wenn er ach dem Inhalt der Erklärungen nicht zweifelsfrei ist; und zwar t es der aktuelle, von aktuellen Vorstellungen begleitete Wille, der nwirksam bleibt, nicht der virtuelle Wille. Unverständlich ist angechts dessen die Behauptung Krückmanns, der virtuelle Wille werde n Gegenteil berücksichtigt. Der virtuelle Wille entspricht, wie aus Krückmanns Ideologie zu entnehmen, der Interessenlage des Erklärenden. Inwiefern entspricht die Vorschrift des § 926 der Interessenage des schwedischen Verkäufers, inwiefern also ist es sein virtueller Wille, der in § 926 berücksichtigt wird? — Der virtuelle Wille hat einen Lebensraum! Wie kann auch der Gesetzgeber a priori im Jahre 896 den virtuellen, also höchst individuellen Willen eines Grundtücksverkäufers in späterer Zeit darin erblicken, daß sich seine Grundstücksveräußerung auf das Inventar erstrecken soll! Der Getzgeber geht vielmehr davon aus, daß im allgemeinen die Interssenlage zweier Grundstückskaufparteien eine derartige Annahme ngezeigt erscheinen läßt und deshalb auch in den Fällen, wo die orliegenden Willenserklärungen keine eindeutige Klärung hierüber ulassen, die Parteien aber Wert auf die Abwicklung des Geschäftes egen, diese generell richtige, weil der Erfahrung entsprechende nnahme im Speziellen zutreffe.

Der Tatbestand des § 2152: A hat den Zwillingen seines ugendfreundes in der Weise testamentarisch eine Briefmarkensamm-

lung vermacht, daß der eine oder der andere die Sammlung haben solle. Nach § 2152 soll dann, wenn testamentarisch nichts weiter bestimmt ist, nicht etwa der Jugendfreund, der Vater der Zwillinge, sondern der Beschwerte bestimmen, wer endgültig Eigentümer der Sammlung werden soll. Dabei hat der Verstorbene dieses Beispiels, als er das Testament aufsetzte, seinem Freunde folgenden aktuellen gegenteiligen Willen mitgeteilt: „Wenn ich einmal sterbe, dann vermache ich Deinen beiden Söhnen meine Briefmarkensammlung, da sie beide so eifrige Sammler sind. Ich werde diese Bestimmung in mein Testament aufnehmen. Du kannst die Sammlung dann ja dem als Belohnung in Aussicht stellen, der zuerst sein Assessorexamen gemacht hat. Mich wird doch bald der Rasen decken. Nimm die Sammlung nach meinem Tode in Deine Hut, bis Du sie einem Deiner Söhne zu übereignen gedenkst.“ Dieser Brief geht verloren. Niemand weiß von dem aktuellen Willen des verstorbenen Testars. Sein tatsächlicher Wille war jener in dem Brief geäußerte. Dagegen schreibt § 2152 vor, daß nicht der Freund, sondern der Beschwerte, irgend ein entfernter Verwandter z B., die Bestimmung über den Verbleib der Sammlung treffen soll. Inwiefern ist es der Leitgedanke des Gesetzes, der virtuelle Wille des Testars solle berücksichtigt werden, wenn nicht einmal sein aktueller Wille berücksichtigt wird? Entspricht die Regelung des § 2152 dem virtuellen Willen des Testars? Ist überhaupt ein virtueller Wille nicht derart individuell, daß, wenn er berücksichtigt werden soll, man ihn nur aus der speziellen Individualität des jeweilig Wollenden erforschen müßte? Wie kann das Gesetz in der Allgemeinheit des § 2152 a priori den virtuellen Willen eines Erklärenden hierin oder darin erblicken?

In § 2069 ist bestimmt, daß an die Stelle eines nach Errichtung des Testaments verstorbenen Abkömmlings dessen Abkömmlinge im Sinne der gesetzlichen Erbfolge treten sollen. Nach Krückmann entspricht diese Regelung dem virtuellen Willen des Toten. Aber erstens hat der Tote bei Errichtung des Testaments einen derartigen, sei es auch nur virtuellen Willen nicht gehabt. Wenn dem so wäre, „dann[1]) könnten die Erben Abrahams auftreten und einen Vertrag aufrufen, den der Erzvater nicht geschlossen haben würde, wenn er den Weltkrieg vorausgeahnt hätte.“ Zweitens ist es auch nicht der augenblickliche Wille des Verstorbenen. Ein Toter hat keinen Willen. Es ist vielmehr das Gebot der Berücksichtigung der Interessenlage des Verstorbenen, welches in § 2069 statuiert ist, ein Gebot, welches sein besonderes Verständnis vermittelt durch das dem Verstorbenen zu seinen Lebzeiten zustehende jederzeitige Widerrufsrecht. Weil nun einmal in den Fällen, in denen nach Krückmann ein virtueller Wille wirksam ist, ein aktueller Wille

[1]) Henle S. 240.

icht erklärt ist, aus irgendwelchen Gründen aber der eventuelle etzige Wille nicht in Erfahrung gebracht werden kann, soll oder raucht, jedoch das angebahnte Rechtsverhältnis abgewickelt verden soll, deshalb wird die zu treffende Maßnahme in Rücksicht auf die Interessenlage des in Rede stehenden Rechtssubjektes etroffen. Dabei ist die subjektive Interessenlage eben als ein objektives Moment im Gegensatz zum subjektiven Moment des Willens efaßt. Dieses objektive Moment der subjektiven Interessenlage des virtuell" Erklärenden hat Krückmann als den virtuellen Gehalt er Willenserklärung ausgegeben, indem er davon ausgeht, daß an letzten Endes im Rechtsleben nur wolle, was einem bezüglich einer Interessenlage am dienlichsten ist. Das wolle man, auch venn man aktuell anders zu wollen erklärt, auch wenn man schlafe, uch wenn man tot sei. Damit ist aber auf das Element des rechtsgeschäftlichen Willens verzichtet. Der Wille ist zu einer Spekulation er Auslegung geworden. Warum das Virtuelle überdies eine ndere Erfolgstendenz haben soll als das Aktuelle, ist nicht recht nzusehen. Wenn Krückmann zugeben wollte, daß ein Irrtum vorege und deshalb virtuell anders gewollt werde als aktuell, dann ätte er mit seiner Hypothese schon weniger Unrecht. Aber er ehauptet, nicht der Irrtum sondern der Beweggrund selber[1]) sei er zureichende Grund der Wandlung, sei das Virtual der Willenserklärung „ich kaufe". Dieses Virtual soll der Willenserklärung man kaufe" immanent sein. Dennoch gelingt es nicht, es in eine uf den Augenblick der Willenserklärung bezogene Formel zu ringen. Es heißt bei Süß immer nur rückblickend „ich würde nicht ewollt haben". Das kann auch nicht gelingen, denn das Virtual leibt dem Bewußtsein des Erklärenden entrückt. Daher kann die ormel keinesfalls auf eine subjektive gegenwartsbezogene Prägung erauskommen. Wenn Windscheid eine derartige Formulierung für eine Voraussetzung gelingt und gelingen kann, weil er sie ja „an en Tag gelegt" sein läßt, dann deutet sich damit an, daß Krückann ein ganz anderes Gebilde im Auge hat, als es Windscheid orschwebte. In allen diesen Überlegungen erweist sich die ajustische Natur dieses Begriffes vom virtuellen Vorbehalt.

Was ist denn der Zweck der Auslegungsregeln? Es war chon eingangs in § 9 nachgewiesen, daß rechtsgeschäftlicher Wille nicht aus dem Grunde wirke, weil er vorhanden sei, sondern eil er erklärt sei, und nur insofern wirke, als er erklärt sei. Diese atsache schließt eigentlich jede Diskussion über die Wirksamkeit es logisch-immanenten Virtuals aus. Aber der Begriff soll ernst genommen und Punkt für Punkt widerlegt werden. Die Auslegungsgeln in den neunundzwanzig von Krückmann zitierten Paragra-

[1]) Krückmann S. 26.

phen haben keinen virtuellen Willen des Erklärenden im Auge; sondern das Gesetz schreibt vor, daß, falls eine Willenserklärung mehrere Deutungen als aktuell gewollt zuläßt, so daß, wenn der Deutende eine dem tatsächlichen aktuellen Willen und dessen Vorstellungen entsprechende Deutung erhalten wollte, er „auf den inneren Willen der Erklärung (das ist doch der aktuelle, von Vorstellungen begleitete, also nicht der statische Wille) als ihren Untergrund zurückgreifen" müßte, daß dann eine der mehreren Deutungen den anderen vorgezogen werden solle. Es soll also, gerade um dem „Notbehelf einer Heranziehung des innerlich (aktuell, doch nicht virtuell) Gemeinten vorzubeugen"[1]), irgendetwas Vernünftiges der Erklärung entnommen werden, was der Interessenlage des Erklärenden zu entsprechen scheint. Dieses „innerlich Gemeinte" ist aktuell zu begreifen, es ist nur nicht bekundet. Damit ist es doch nicht virtuell gemeint. Besteht denn der Unterschied des Aktuellen vom Virtuellen in der Tatsache der Bekundung? Und selbst, wenn es das wäre, wenn es in diesem Sinne virtuell wäre, soll es nicht berücksichtigt werden, weil es eben nicht erklärt ist. Das innerlich Gemeinte, man mag es aktuell oder fälschlicherweise virtuell nennen, wird oft vom Gesetz gerade ignoriert. Oft, denn oft ist ja vom Erklärenden gerade die Regelung des Gesetzes selber aktuell gewollt; hat doch das Gesetz seine Regelung gerade aus der allgemeinen Beobachtung getroffen, daß solche eben meistens auch wirklich aktuell gewollt sei.

Das Virtual einer Willenserklärung ist ein hochspezielles und höchst subjektives Moment in der psychischen Individualität des Erklärenden. Deshalb dürfte es Süß auch kaum gelingen, in der Willenserklärung einer juristischen Person eine Virtualität nachzuweisen. Gelingt ihm das aber für eine juristische Person nicht, dann beweist sich sein Unternehmen auch für eine natürliche Person als zweifelhaft. Was die im Gesetz verstreuten Auslegungsregeln (nicht die Auslegungsvorschriften des § 133 und 157) zum Gegenstand[2]) haben, ist weit entfernt, in der Individualität des jeweiligen Erklärenden seine Wurzel zu haben. Diese Auslegungsregeln sind summarisch vor 30 Jahren für generelle Tatbestände vom Gesetzgeber aufgestellt. Sie sind für typische Fälle vorgesehen. Verträgt sich diese Tatsache mit der Behauptung, hier wirke das Virtual des jeweils Erklärenden? Darauf kommt es aber immer noch an. Im übrigen muß die Beobachtung, daß der Gesetzgeber nicht nur mehrdeutige Willenserklärungen in bestimmter Richtung „im Zweifel" auszulegen vorschreibt, sondern in Zweifelsfällen

---

[1]) Henle S. 76.
[2]) Vergl. Henle S. 76.

uch Tatsachen, deren Kenntnis für die Abwicklung des Geschäftes rforderlich ist, in gewissem Sinne als gegeben zu unterstellen orschreibt, die Krückmannsche Behauptung entwerten, daß in den uslegungsregeln der virtuelle Wille seine Berücksichtigung finde. s liegt den von Krückmann zitierten sämtlichen Auslegungspara-raphen und den von ihm nicht zitierten hier beregten (z. B. § 125, 54, 270, 316, 336, 415, 420, 427, 453, 262, 332) dasselbe gesetz-eberische Regelungs- und Ausdrucksprinzip zugrunde, in weifelsfällen kategorisch die Voraussetzungen für weitere Abwick-ng der angebahnten Rechtsgeschäfte zu schaffen, indem sie aus enerellen Erwägungen vermutet werden. So handelt es sich im 610 nicht um Auslegung einer Willenserklärung dahin, daß es als n Willen des Versprechenden liegend angesehen werden müsse, sein ersprechen eventuell widerrufen zu können, sondern § 610 spricht as Widerrufsrecht dem Versprechenden aus dem objektiven Mo-ent seiner Interessenlage zu. Von Virtualitäten des Willens ist da rgends die Rede. Es ist vielmehr so, daß der Gesetzgeber generell r den Fall, daß eine Willenserklärung wegen Mehrdeutigkeit nfallen müßte, eine der mehreren Deutungen als gewollt erklärt nzunehmen befiehlt. Es soll angenommen werden, daß die mpfohlene Deutung die aktuell gewollte sei. Das soll um deswillen ngenommen werden, weil die empfohlene Deutung der Interessen-ge am ehesten entspricht, weil die Interessenlage typisch und all-emeinhin die empfohlene Deutung selber als die zutreffende her-bt. Das ist eben der mutmaßliche aktuelle Wille. Die Tatbestände er Auslegungsregeln sind so eng gefaßt, daß der Gesetzgeber es nternehmen konnte, einen mutmaßlichen Willen zu unterstellen, nd mit der Anweisung, daß dies oder jenes angenommen werden lle, diesen mutmaßlichen Willen formulieren konnte.

Es soll gerne zugegeben werden, daß es psychologisch nen virtuellen Willen, eben die statische Willensenergie, das Wol-nsvermögen gibt. In diesem Sinne mag zugegeben werden, daß rückmanns virtueller Vorbehalt, „man würde nicht wollen, wenn an wüßte, daß die Situation objektiv einen anderen Willen ver-ngt" — in dieser Formulierung, in der Krückmann verstanden erden muß, zeigt sich eindeutig die Stellung und Aufgabe des bjektiven Momentes der Interessenlage, — ein virtuelles, un-ewußtes Symptom der Willensenergie ist. Dieser Vorbehalt spielt ch nicht in der Sphäre des Bewußtseins ab, ihn bringt sich der rklärende nicht im Augenblick der Willenserklärung zum Be-ußtsein, — wie denn ja auch nicht formuliert werden kann, c h[1]) würde nicht wollen", — sondern er wird vom Aktuellen ertönt und im Unbewußten zurückgehalten, weil keine Vorstel-

[1]) Vergl. Krückmann S. 72.

lung ihn ins Bewußtsein ruft. Bringt sich die vermeintliche Witwe zum Bewußtsein, daß sie nicht kaufen würde, wenn —? Ohne Vorstellung bzw. Bewußtsein kann es aber keine Willensbetätigung juristischer Art geben. Auch die Vorstellungen als solche sind weder aktuell noch virtuell. Die Voraussetzung ist weder das eine noch das andere. Es ist deshalb schon irreführend, von der Voraussetzung als einer virtuellen[1]) oder als dem virtuellen Vorbehalt zu sprechen. Man kann nur sagen, da wo eine Voraussetzung waltet, mache man einen virtuellen Vorbehalt. Würde der virtuelle Vorbehalt sich im Bewußtsein abspielen in der Form „ich würde nicht wollen, wenn —", dann würde er in Aktualität erwachsen und die Form einer Bedingung annehmen. Aber selbst dann kann das Recht ihm solange keine Beachtung schenken, als er nicht als aktuell gewollt auch erklärt ist. Nur was gewollt und erklärt ist, kann gelten. Was nicht einmal gewollt ist, kann noch viel weniger gelten, als was nur gewollt, aber nicht auch erklärt ist[2]).

Mit den bisherigen Überlegungen erledigen sich auch die sämtlichen anderen als Beleg angeführten Paragraphen als fehlsame Argumente für die Berücksichtigung des virtuellen Willens. Gerade im Erbrecht ist die irrige Meinung verständlich, daß nach einem geheimen Willen geforscht werden dürfe und solle. Aber die Meinung ist eben irrig. Es ist grundsätzlich nur die Interessenlage des Verstorbenen, die um ergänzende Auskunft darüber angegangen wird, was zu geschehen habe, nicht einmal, was nach dem Willen des Verstorbenen habe geschehen sollen.

Wenn der virtuelle Wille etwas Greifbares wäre, mit dem der Jurist arbeiten könnte, dann wäre er allüberall dieser Virtualität ausgeliefert. Jeder, der irgendwie, irgendwann, aus irgendeinem Grunde seine eigenen Interessen verletzt oder nicht zweckmäßig genug wahrnimmt, könnte mit der Behauptung Gehör verlangen, „ich hätte anders gewollt, anders gehandelt, wenn ich gewußt hätte, daß —!"

Es müssen schon andere Gründe sein, die das Recht verleihen, anders wollen zu dürfen[3]), nachdem man ursprünglich etwas Bestimmtes gewollt hat und das andere eben nicht gewollt hat. Diese anderen Gründe sind aber nicht der virtuelle Vorbehalt den Süß immer da vorhanden und wirksam sein läßt[4]), wo die objektive Interessenlage die Inäquivalenz unzumutbar erscheinen läßt. Schon daß Süß mit dem virtuellen Willen nicht auskommt, um den Grund der Gewährleistung aufzuzeigen, läßt erkennen, daß der virtuelle Vorbehalt kein greifbarer Begriff sein kann. Wenn Süß vol

[1]) So Süß S. 261.
[2]) Vergl. Henle S. 75.
[3]) Vergl. Krückmann S. 3.
[4]) Vergl. Süß S. 229 Zeile 4 von oben.

lends zusätzliche Gründe aufzeigt, die schon für sich allein ausreichen, dann bietet sich der Begriff des v. V. als gehaltloser und entbehrlicher Begriff dar. In der Süßschen „Begründungskette“[1]) möchte man ihm nur eine phrasiologische Bedeutung zusprechen.

§ 29.

2. Teil.

Wert und Inhalt des Begriffes.

Soviel gegen die Berechtigung des Begriffes vom virtuellen Vorbehalt im Rechtsverkehr, insbesondere im Rahmen des BGB. Eine weitere ablehnende Stellungnahme und deren Begründung richtet sich gegen die Verwendbarkeit des virtuellen Vorbehalts, gegen die Rolle, die er nach Krückmann und Süß in einem Rechtsgeschäft spielt. Zum Zwecke weiterer Erörterungen soll dabei dem virtuellen Vorbehalt juristischer Wert beigelegt werden. Das ist keine Konzession, sondern nur Voraussetzung erschöpfender Widerlegung.

Vorausgesetzt, der virtuelle Vorbehalt wäre von rechtsgeschäftlicher Bedeutsamkeit, so kann er von unmittelbarer Wirkung auf die Rechtsfolgen einer Willenserklärung bzw. eines Vertrages nur dann sein, wenn der Gegner der Erklärung, der er ja, wie Krückmann sagt, immanent ist, ihn mit der Erklärung annimmt und durch die Annahme zum Geschäftsbestandteil macht. Andernfalls könnte er den Gegner nicht verpflichten. Das erkennt Krückmann auch an und lehrt, der Vorbehalt gehe auf dem gewöhnlichen Wege des Angebots und der Annahme in den Inhalt des beiderseitigen Geschäftes über. „Das Virtuelle ist stets immanent[2]), kann gar nicht anders als immanent sein, oder es ist nicht einmal virtuell, sondern überhaupt nicht da. Also ist die Erklärung immer mit dem virtuellen Vorbehalt abgegeben worden, ist demnach mit diesem Vorbehalt auch angenommen worden; und darum ist das Virtuelle notwendig Geschäftsinhalt[3]), Geschäftszweck, kein bloßer Parteizweck. Die Gegenpartei nimmt die Erklärung mit dem immanenten virtuellen Bestandteil an, es sei denn, sie lehnt den Vorbehalt ab. Ablehnen aber kann sie das Virtuelle nur, wenn es ihr bewußt ist. Gibt sie sich von dem Virtuellen keine Rechenschaft, dann ist es eben nicht abgelehnt, ja es bedarf nicht einmal einer besonderen Annahme. Eine einseitige Ablehnung genügt nicht, es muß vielmehr das Virtuelle durch ein Aktuelles überwunden werden und die aktuelle Verneinung an ihre Stelle gesetzt, das Virtuelle vertrags-

[1]) So Süß selber S. 211.
[2]) Krückmann S. 61.
[3]) S. 62.

mäßig ausgeschlossen werden." Wo also die Gegenpartei das Virtuelle nicht zweifelsfrei aus dem Vertragsinhalt ausgeschlossen habe, sei das Virtuelle beiderseitiger Vertragsinhalt „nach dem Muster des Aktuellen" geworden. Daran sei unbedingt festzuhalten. Jeder in der Erklärung enthaltene virtuelle Vorbehalt sei ohne weiteres von dem Gegner angenommen[1]) und damit im Sinne der herrschenden Meinung Geschäftsinhalt geworden, wenn der Gegner ihn nicht vertragsmäßig ausgeschlossen habe, oder wenn ihn nicht das Gesetz als unbeachtlich ausschalte. Soweit Krückmann.

Er macht damit das Virtuelle zum Inhalt der Erklärung, indem er es der Erklärung für immanent erklärt. Zum Erklärungsinhalt soll also auch das gehören, was weder aktuell gewollt ist, noch als gewollt erklärt ist, noch stillschweigend als gewollt sich verrät, aber durch Auslegung gefunden werden könnte, sondern auch etwas, was nicht gewollt ist, also auch nicht in das Mittel — die Willenserklärung — einbegriffen sein kann, mit dem man den Rechtserfolg auslöst, — was nicht einmal erklärt ist, weil ja der Erklärende seiner Überzeugung so sicher ist, daß er gar keinen aktuellen Vorbehalt bekunden zu sollen meint[2]). Der Gegner muß etwas gegen sich gelten lassen, was nicht einmal dem Erklärenden zum Bewußtsein kommt, was wenigstens nicht einmal in den Motivationsprozeß seines Wollens eingeht. Denn er hat nicht gewollt, wie es dem virtuellen Vorbehalt entspricht. Und der Gegner soll es deshalb gegen sich gelten lassen, weil er es „nach dem Muster von Angebot und Annahme" angenommen habe; er hätte es andernfalls zurückweisen müssen. Wie kann der Gegner etwas ausschließen, was ihm unerkennbar ist? Erkennbar ist ihm nur der Inhalt der Erklärung. Inhalt der Erklärung ist nur das als aktuell gewollt Erklärte. Das, was nicht erklärt ist, hat keine Bedeutsamkeit, gehört nicht zum Angebot. Diese Tatsache dahin zu berichtigen, das logisch-immanente gehöre aber logisch zur Erklärung, ist ein eigenwilliges Unterfangen. Ist doch nicht einmal ersichtlich, ob überhaupt das Virtual der Erklärung und nicht, wenn überhaupt, nur dem Willen immanent ist. Man „dichtet dem Erklärenden einen Vorbehalt in die Seele, an den er in Wirklichkeit niemals dachte"[3]).

Der virtuelle Vorbehalt ist gar nicht der Erklärung immanent. An dem Begriff und Tatbestand der „Erklärung" darf nicht gerüttelt werden. In ihn darf nicht hineingelegt werden, was er nicht enthält. Er ist festgeprägtes rechtsgeschäftliches Requisit. Der Erklärung ist nichts Virtuelles immanent. Der Erklärung nicht. Aber auch im Sinne Krückmanns ist nicht sie es, der der v. V. immanent ist, son-

---

[1]) S. 63.
[2]) S. 1.
[3]) Lenel. A.Z.P. 79. S. 62.

dern es ist der Rechtserfolgswille, dem der v. V. immanent ist, und zwar als statisches Moment. Das besagt zur Genüge, daß er nicht zur Wirksamkeit kommt.

Es ist in § 9 und 12 dargelegt worden, daß der Inhalt einer Willenserklärung nur das Erklärte ist, und daß es auf den Willen, das Erklärte zu wollen oder nicht zu wollen oder sich mittels irgend eines Vorbehaltes nicht zu ihm zu bekennen, nicht ankommt. Die Erklärung kommt nur auf Grund des Erklärungswillens zustande. In ihr spielt nur der Erklärungswille eine Rolle. Erklärungswille und Erklärung lösen vereint den Rechtserfolg aus. Es war nachgewiesen, daß die Gewährleistung nicht etwa in, mit und unter der Erklärung erklärt, also der Erklärung immanent sei, daß es auch nicht Aufgabe der Auslegung sei, etwas hineinzulegen, was der Erklärende des weiteren noch erstrebt haben kann, bezw. gerade vermeiden wollte, sondern daß es nur gelte aus-, frei-, bloßzulegen. So weit soll die Auslegungstätigkeit nicht gehen, „daß die Parteien staunend vom Richter erfahren, was sie alles ‚gewollt' haben". Und wenn schon jemals aus dem Sinn und Zweck einer Erklärung etwas nicht ausdrücklich Erklärtes herausgelesen wird, dann ist es doch nur etwas aktuell Gewolltes, etwas, was von dem aktuellen Inhalt noch mit umfaßt wird und als miterklärt angesehen werden kann. Bis zu einem inneren Willen, der keinen Ausdruck gefunden hat, kann die Auslegung nicht vordringen. Die Wissenschaft muß sich gegen das Unternehmen wehren, Virtualitäten, Eventualitäten und logischen Immanenzen einer Willenserklärung, solange sie nicht in der Erklärung enthalten sind, Beachtlichkeit zu erwirken.

Dem Gegner kann mithin nicht angesonnen werden, etwas gegen sich gelten zu lassen, was die Auslegung nicht mehr als gewollt, weil nicht mehr in der Erklärung zum Ausdruck gekommen, ansehen darf. In der Erklärung kommt überdies gar nicht zum Ausdruck, ob man im Sinne des Vorbehalts etwas gewollt hat. Lenel[1]) sagt dazu: „Es ist nicht richtig, daß in der Erklärung, ‚ich will, aber ich würde nicht wollen, wenn nicht —' (Lenel bestreitet die negative Willenstendenz also sogar für den Fall der Bekundung des Vorbehalts in seinem Sinne) — ein Vorbehalt des Inhaltes liege, daß solchenfalls die Willenserklärung unverbindlich sein solle." Hier den subtilen, philosophischen Begriff der logischen Immanenz einzuschieben heißt nichts anderes, als der Theorie von der Virtualität mit ajuristischer Spitzfindigkeit und mit einem völlig untauglichen Mittel Anerkennung erzwingen zu wollen. Vorbehalt ist ein Symptom des Rechtserfolgswillens. In der Erklärung kommt nur zum Ausdruck, was man erklären wollte und tatsächlich erklärt hat.

---

[1]) A.Z.P. 79. S. 61.

Und der Rechtserfolg wird durch die Erklärung ausgelöst, weil man etwas erklärt hat, nicht weil man etwas gewollt hat[1]).

Gewiß kommt, was die praktische Auswirkung anbetrifft, auch Henle[2]) dem Gedanken der Berücksichtigung und Wirksamkeit eines versteckten Willens nahe, wenn er sagt: „Diejenigen Bestimmungen, welche für einen nicht gedachten Verlauf der Dinge sich vernunftgemäß aus dem Geschäftszwecke ergeben, sind stillschweigend erklärt." Daher kann er auch in seinem Beispiel mit dem Hausschlüssel aus dem Vertragszweck die Abrede als stillschweigend erklärt entnehmen, — diese Abrede ist im echten Sinne der Erklärung immanent, — daß der Aluminiumschlüssel bei Auszug des Mieters dem Vermieter auszuliefern sei; denn an einer anderen Regelung kann der Interessenlage des Mieters gar nicht gelegen sein. Wieder ist es die objektive Interessenlage, die um Auskunft angegangen wird, nicht der virtuelle Wille, der sich in nichts verrät. Hätte man beide Parteien damals gefragt, wie sie es halten wollten, dann hätten sie um ihrer Interessen willen nichts anderes vereinbart, als daß der Aluminiumschlüssel dem Vermieter auszuliefern sei. Das wäre ihr aktueller Wille gewesen, das war nicht etwa damals ihr virtueller Wille. Krückmann tut nichts anderes, als daß er die Erfordernisse der objektiven Interessenlage von einem irgendwie benannten, aber dem Bewußtsein des Erklärenden entzogenen Willen erfaßt sein läßt. Das ist ein psychologisches Theorem, kein juristisches. Aber von der Virtualität des Willens ist auch bei der Auslegung sei es einer einseitigen Willenserklärung, sei es eines Vertragszweckes nirgends die Rede. Auch Henle ist nicht im geringsten in einer ähnlichen Vorstellung befangen. Aus dem Vertragszweck kann objektiv entnommen werden, was aktuell gewollt ist. Hier möchte man von Immanenz einer Erklärung reden: Die nicht ausdrücklich erklärten Bestimmungen sind der Erklärung immanent und werden durch Entfaltung des als aktuell gewollt Erklärten gefunden. Damit gehören dann auch die so gefundenen Bestimmungen zum aktuell Gewollten und Erklärten.

Fragt also der Gegner das Gesetz, was er sich bei der „mit einem Virtual abgegebenen Erklärung" zu denken habe, dann wird der Richter nur nach den Aktualen des Willens und nach ihnen nur insoweit fragen, als sie in der Erklärung gefunden werden können. Virtuale können in ihr nicht gefunden werden. Sie sind ihr nicht immanent. Nicht der Erklärung der Frau X., die den Sarg für ihren scheintoten Mann bestellt, ist der virtuelle Vorbehalt inne. Ebenso, wie man in einer Willenserklärung nicht bekundet, ob man den Rechtserfolg will oder nicht will, ebensowenig bekundet man in

---

[1]) Vergl. dazu Lenel. A.Z.P. 79.
[2]) LB. S. 128.

ihr, ob man etwas anderes wollen würde, wenn —. Nur ihrem unbeachtlichen Rechtserfolgswillen ist unbewußt das Virtual des Vorbehalts inne. Unbewußt, denn um mit Lenel[1]) zu reden, was in aller Welt sollte überhaupt Frau X, die den Tod des Mannes voraussetzt, d. h. als ganz gewiß annimmt, veranlassen, einen Vorbehalt für den Fall zu machen, daß die Tatsache doch nicht wahr sei? „Alle Erfolge, die überhaupt zur Sprache kommen, (also auch das virtuelle nicht-gewollt-haben[2]), nicht nur der nächste Erfolg des Schlüssigseins, sondern auch der in der Erklärung als gewollt (aktuell gewollt) bezeichnete Erfolg müssen (aktuell) gewollt sein, (das Virtuelle ist nicht gewollt, man hat ja doch gerade aktuell anders und ohne Einschränkung anders gewollt) müssen von der psychischen Beziehung umfaßt sein"[3]). „Wo es etwas zu wollen gibt, muß es gewollt (aktuell gewollt) sein" und erklärt sein, denn „was gewollt, aber nicht erklärt ist, kann nicht gelten"[4]). Auch der virtuelle Vorbehalt muß aktuell gewollt sein und erklärt werden[5]).

Der Gegner braucht mithin den virtuellen Vorbehalt nicht gegen sich gelten zu lassen. Er ist nicht mit in der Erklärung erklärt. Daß der Gegner nicht wollen würde, wenn er wüßte, daß seine Interessenlage einen anderen aktuellen Willen von ihm erforderte, als er ihn wegen Unkenntnis des genauen Sachverhalts augenblicklich hat und erklärt, das ist eine Erfahrungstatsache, die, wenn sie Bedeutung haben sollte, nicht durch den virtuellen Vorbehalt des Erklärenden ihre Berücksichtigung seitens des Gegners zu fordern brauchte. Das weiß der Gegner ohnehin[6]). Ihn könnte höchstens interessieren, was sich denn der Erklärende im Unterbewußtsein ausbedingt, welches Recht er haben will, wenn er merkt, daß er eine unzweckmäßige Maßnahme erklärt hat. Aber gerade darüber sagt die Erklärung nichts aus. Es ist vielmehr das Gesetz, welches dem Käufer das Wandlungs- oder Minderungsrecht zuspricht oder nach § 812 dem Erfüllenden wegen Zweckvereitelung das Rückforderungsrecht zugesteht. Nur wenn

---

[1]) A.Z.P. 79. 61.

[2]) Die eingeklammerten Worte sind vom Verfasser eingeschoben.

[3]) Henle. Willenstheorie S. 4. 5.

[4]) Henle. LB. S. 75.

[5]) Lenel. A.Z.P. 79. S. 62 fällt eine grundsätzliche, auch bezügl. Krückmanns und Süß' Theorie noch immer schlagende Kritik: „Die Verfechter der Voraussetzungslehre erklären für Voraussetzungen einfach diejenigen Motive, bei denen ihnen ein leider nur zu oft trügliches Billigkeitsgefühl sagt, daß hier ein eventuelles Rücktrittsrecht am Platze wäre. Sie glauben, aus dem Voraussetzungscharakter des Motivs das Rücktrittsrecht zu deduzieren, schließen aber dabei, sich selbst unbewußt, in Wirklichkeit gerade umgekehrt."

[6]) Lenel S. 61. „Die Erklärung ‚ich will, weil . . .' stellt überall außer Zweifel, daß man nicht wollen würde, wenn nicht . . ."

„das der Erklärung immanente Virtual" etwas über derartige Rechtsfolgen aussagen würde, hätte es einen Sinn, den Gegner darauf festzulegen. Was soll er sich aus einem Virtual entnehmen, dessen Tatsache ohnehin eine Selbstverständlichkeit für ihn ist, das in der speziellen Ausprägung ihm dagegen völlig unerkennbar bleiben muß. Schließlich könnte man ebenso gut behaupten, jeder Gegner mache den virtuellen Vorbehalt, die Erklärung des anderen nur ohne virtuelle Fallstricke anzunehmen.

Süß verging sich nicht am Wesen des Krückmannschen Begriffes vom virtuellen Vorbehalt, wenn er ihn der Krückmannschen Ansicht entgegen auf den Tatbestand der Gewährleistung anwandte. Das ist oben[1]) ausgeführt worden. Aber indem er das tut, gibt er weitere Angriffsmittel gegen sich an die Hand. Es gilt die Anwendbarkeit auf den Kauf in Zweifel zu stellen und damit auch den Wert des Begriffes als solchen weiter zu bekämpfen.

Soll der v. V. den Verkäufer zur Gewährleistung nötigen, so muß er, wie Krückmann selbst sagt[2]), in der Offerte des Käufers liegen und vom Verkäufer angenommen werden. Da der Verkäufer virtuelle Wollensmomente aber nicht kennen kann, ist er natürlich allen Virtualitäten des Käufers ausgeliefert, wenn er nicht nach der Forderung Krückmanns das Virtuelle durch etwas Aktuelles ausschließt[3]). Da man aber Virtualitäten nicht erkennen kann, schließt man sie eben nicht aus. Wäre man bereit, den v. V. als eine rechtlich bedeutsame Maßnahme anzuerkennen und den Verkäufer auf ihn festzulegen, so wäre vielleicht erklärt, warum der Käufer hinterher den Vertrag bzw. seine Erklärung, seinen Willen modifizieren darf. Vielleicht; denn warum der rechtsgeschäftliche Vorbehalt „man würde nicht gewollt haben, wenn —" gerade die spezielle Regelung der Wandlung und Minderung auslösen soll, bedürfte weiterer Erklärung. Ist doch damit das Wandlungsrecht zu einer vertraglichen Abrede geworden. Von dem allen mag abgesehen werden. Wenn ihm so wäre, dann trüge also die Willenserklärung des Käufers in Form des immanenten Vorbehalts die Gewährleistungspflicht in den Kaufvertrag. Der Käufer würde also hinterher etwa folgendes erklären: „Ich habe damals nur unter einer Voraussetzung (mit dem v. V.) gewollt. Du, Verkäufer, hast meine Voraussetzung angenommen. Der Fall ist eingetreten, für welchen ich erklärt habe, nicht zu wollen, wenn ich ihn kennte. Du hast diese meine Erklärung angenommen. Du hast Dich durch die Annahme meiner Erklärung damit einverstanden erklärt, daß ich nun nicht mehr zu wollen brauche. Dieses mein Recht mache ich

---

[1]) S. 45. ff.
[2]) S. 60. f. § 7.
[3]) Krückmann S. 62.

nun geltend, nun will ich nicht mehr." Es mag ganz dahingestellt bleiben, welche Berechtigung man hat, den v. V. in dieser Weise auszulegen. Aber wenn Krückmann es nicht so täte, könnte er die beabsichtigte Wirkung nicht mit ihm auszulösen versuchen. Von diesem allen sollte, wie gesagt, abgesehen werden.

Wie aber, wenn der Verkäufer einen Wollfilzhut anbietet unter der Angabe, es sei ein Haarhut. Dann gibt er eine Erklärung ohne jeglichen Vorbehalt ab. Jedenfalls ohne den Vorbehalt, auf Grund dessen der Käufer später wandeln können soll, wie Süß lehrt. Den Süßschen Vorbehalt macht, wenn er ihn überhaupt macht, der Käufer dieses Beispiels einseitig mit der Annahme der verkäuferischen Erklärung. Er nimmt die Erklärung anders an, als sie abgegeben ist. Denn abgegeben ist sie ohne den von ihm gemachten Vorbehalt. Auf welchem Wege kommt denn in diesem Falle der virtuelle Vorbehalt des Käufers in den Geschäftsinhalt? Doch nicht mehr nach dem „Muster von Angebot und Annahme"[1]). Hier ist doch der Käufer der Annehmende! Hier ist sein Vorbehalt einseitig. Oder macht er hier gar keinen? Oder beruht hier die Gewährleistung auf einseitigem Vorbehalt? Zum Vertragsinhalt ist er doch keineswegs geworden. Nach Krückmann aber wird und muß der Vorbehalt Vertragsinhalt werden. Man kann es Krückmann nicht verargen, daß er auf diesen Fall keinen Bedacht nimmt, denn er schließt für den Kauf den Vorbehalt aus. Süß dagegen hätte diese Möglichkeit berücksichtigen müssen. Gelingt es nicht, diese Frage zu klären, so spricht dieses Mißlingen schon für sich allein sein Urteil über den Sinn und Wert des virtuellen Vorbehalts. Dann ergibt sich eben immer wieder, daß der virtuelle Vorbehalt nichts anderes ist als das objektive Moment der subjektiven Interessenlage des Erklärenden, die Krückmann geglaubt hat mittels des Begriffes der Immanenz des Virtuellen zum Bestandteil der Willenserklärung machen zu müssen und zu können, um sie berücksichtigen zu können. Aus seinen Ausführungen über die clausula rebus sic stantibus[2]) verrät sich dabei die Tendenz, auf diese Weise der c. r. s. s. Anerkennung und Wirksamkeit zu erzwingen. Dieser Versuch scheitert aber an der Untauglichkeit, an der ajuristischen Natur seiner Mittel. Die „res sic stantes" lassen sich nicht mit der Willenserklärung bemänteln. Das mag verständlich ge worden sein.

---

[1]) Krückmann S. 62.

[2]) Vergl. Jur. Wochenschrift. 1922, S. 68. 1923. S. 115. Siehe S. 90. Anm. 2.

Virtueller Vorbehalt oder Nichtzumutbarkeit?

Krückmann gibt vor, Windscheid habe gar nicht so Unrecht gehabt, wie seine allseitige Gegnerschaft annehme[1]), und verlegt Windscheids Voraussetzung aus dem Aktuellen ins Virtuelle, macht sie zum Geschäftsinhalt und ordnet ihr letztlich den Begriff von Treu und Glauben bei. Wie kann man, wenn derart grundstürzende Änderungen notwendig erscheinen, um aus einem mißlungenen Versuch einen Erfolg zu machen, noch die Richtigkeit der Intuition des Versuchs behaupten, zumal Krückmann etwas ganz anderes vorschwebt als Windscheid, zumal er sich eine ganz andere Aufgabe, eine viel weiter tragende gesteckt hat. Die Windscheidsche Theorie ist nur ein Stumpf, auf den Krückmann drei neue Triebe ganz anderer Art gepfropft hat. Was nun angeblich grünt, ist nicht der Stumpf; die Triebe hätten auch auf anderem Grunde gegrünt. Das durfte Krückmann der Windscheidschen Voraussetzung nicht antun, daß er sie in all ihren von Windscheid als wesentlich angesehenen Symptomen ummodelte. Windscheid wußte wohl, daß er auf dem Boden der Aktualität zu bleiben hatte, daß er seiner Voraussetzung den einseitigen Charakter sichern und sie erkennbar sein lassen mußte und daß er nicht zuletzt auf die Rechtsbehelfe von Treu und Glauben und Zumutbarkeit verzichten mußte, wenn er einen originellen, prägnanten und eindeutigen Begriff aufstellen wollte. Alle diese Erkenntnisse sollen fehlsam gewesen sein? Oder anders: wenn er seiner Voraussetzung die Form gab, die Krückmann beanstandet, dann nur deshalb, weil ihm die Notwendigkeit zu der von Krückmann getroffenen Modifizierung entgangen ist? Besser für Windscheid, seine Voraussetzung blieb ein genialer, wenn auch abgelehnter Versuch, als daß sie so vieler Korrekturen bedarf, um der Wissenschaft präsentiert werden zu können. Sollte, was die Oertmannsche Geschäftsgrundlage anbetrifft, nicht wenigstens jene Überlegung zutreffend sein, daß, wenn man schon den Gegnern die gegenseitige Berücksichtigung ihrer Motive zur Pflicht macht, es nur solche Motive sein können, die sie gegenseitig zu erkennen imstande sind, die sie aus der Geschäftsgrundlage als einem ihnen beiden in gleicher Weise zugänglichen objektiven Moment erkannt haben? Das hat Oertmann als unumgänglich notwendig erkannt, daß man es dem Gegner nicht zumuten kann, auf verborgene Aktualitäten, geschweige denn auf Virtualitäten im Willen des Erklärenden festgelegt zu werden.

[1]) S. 6.

Krückmanns dritte wesentliche Korrektur ist die Beiordnung von Treu und Glauben. Neben dieser Beiordnung verliert der virtuelle Vorbehalt seine Eigentümlichkeit.

In der Natur eines Begriffes, der es mit Motiven zu tun hat, liegt das Bedürfnis, ihn einzuengen und gegen unbeachtliche Motive abzugrenzen. Dieses Bedürfnis erfüllt Krückmann, indem er „die Rechnungsgröße von Zumutbarkeit und Nichtzumutbarkeit einsetzt“[1]). Das Rätsel der Voraussetzungslehre liege in der Nichtzumutbarkeit, in einem anders-wollen-dürfen, aber nicht in einem vermeintlichen nicht-gewollt-haben, wie es Windscheid vorgeschwebt habe. Indem aber Krückmann die Zumutbarkeit zum entscheidenden Faktor macht, verwässert er seinen Begriff der Voraussetzung. Wo die Zumutbarkeit das Entscheidende sein soll, brauchen Entscheidungen bzw. Rechtsfolgen nicht mehr von Willensaktualitäten oder -virtualitäten abhängig gemacht zu werden. Solchenfalls wird der Käufer nicht mehr um seiner Voraussetzung willen, daß Leistung und Gegenleistung äquivalent seien, berechtigt, den Vertrag rückgängig zu machen, sondern weil ihm die Erbringung seiner Leistung gegen eine minderwerte nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann: eine bloße Zweckregelung aus objektiven Gesichtspunkten! Der innere Gehalt der Voraussetzung muß sich gegen die Verwässerung mit dem Begriff der Zumutbarkeit wehren. Wer mit Äquivalenzverfehlung und Zumutbarkeit operiert, verzichtet grundsätzlich auf die Willensmomente, die im Tatbestand der Voraussetzung als eines Willensvorganges liegen. Zumutbarkeit ist denn auch für sich allein Begründung genug dafür, daß der Käufer den Vertrag midifizieren kann. Hat doch der Gesetzgeber alle seine privatrechtlichen Normen in der fixierten Form nur aufgestellt unter dem Gesichtspunkt, daß dem Gemaßregelten eine andere Regelung nicht zugemutet werden kann. Der v. V. verliert dann vollends seine Bedeutung und Wirksamkeit und geht auf im bloßen Motiv, im Beweggrund, wobei es dann also auch nicht mehr weiter darauf ankommen kann, ob der Beweggrund aktuell geworden oder virtuell geblieben ist. „Das Entscheidende ist dann nur noch,“ so sagt Krückmann selbst[2]) und bestätigt damit das Todesurteil über seinen Begriff des v. V., „daß Treu und Glauben an der richtigen Stelle verwertet werden, daß nachgewiesen wird, warum jeweils Treu und Glauben gerade in dem betreffenden Falle das Rückforderungsrecht rechtfertigen; kurz aber ungenau gesagt, wann, wo und warum zwischen dem berücksichtigenswerten und dem nichtberücksichtigenswerten Irrtum im Beweggrund zu scheiden ist“.

---

[1]) S. 10. 11.
[2]) S. 70. 71.

Hier schaltet Krückmann unvermittelt den Irrtum im Beweggrund ein, obwohl er die Behauptung aufgestellt hatte, der Beweggrund, nicht der Irrtum im Beweggrund sei der zureichende Grund des Rückforderungsrechtes. Es ist von symptomatischer Bedeutung, daß sich eher oder später der verkannte und ignorierte Irrtum zum Worte drängt.

Die Frage, wann, wo und warum zwischen dem berücksichtigenswerten und dem belanglosen Irrtum im Beweggrund zu scheiden sei, hat Henle beantwortet. Der Irrtum im Beweggrund ist dann beachtlich, wenn der Beweggrund eine Vorstellung zum Gegenstand hat, die sich auf einen im Verkehr als wesentlich erachteten Umstand erstreckt, so daß es also angebracht und billig ist zu verlangen, daß der Verkäufer auf eine solche Vorstellung gefaßt ist. Diese Beweggründe nannte Henle Voraussetzungen, indem er das Vorstellungsbild in ihnen betonte, nicht dasWillensmäßige. Und somit formulierte er, daß der Irrtum in der Voraussetzung beachtenswert sei.

Krückmann beantwortet seine selbstgestellte Frage dahin, daß der Irrtum im Beweggrund dann beachtlich sein solle, wenn man den Grund seines Irrtums, also seine Unwissenheit, auf den Gegner abwälzen darf[1]). In diesem Sinne solle dem Voraussetzenden die Unkenntnis aller derjenigen Umstände zur Last fallen, die der Gegner nicht zu kennen brauche. Jede Partei trage die Gefahr aller der Ereignisse und Umstände, die sich in ihrem ureigensten Lebens- und Betätigungskreise abspielten bzw. vorfänden. Alles, was sich dort ereigne, müsse die Partei wissen; sie müsse die hier wurzelnden Voraussetzungen ihrer Handlungen, ihrer Entschlüsse kennen und dürfe ihre Unwissenheit nicht auf die Gegenpartei abwälzen, selbst wenn ihre Voraussetzung der Gegenpartei sonnenklar sei. Was auf die Gegenpartei überwälzt werden solle, sei am letzten Ende nach aller Kausalität der Nachteil des eigenen Nichtwissens. Der Sarghändler kann nicht wissen, ob der Mann der Frau X noch lebt. Den Nachteil ihres Nichtwissens muß die vermeintliche Witwe allein tragen. Daher kann sie den Kauf nicht rückgängig machen.

Diese durchaus einleuchtenden Ausführungen mit Süß auf den Kauf angewandt lauten dahin: Wenn ich mir etwas kaufe, dann soll ich den Nachteil meines Nichtwissens bezüglich solcher Umstände, die sich ausschließlich in meiner eigenen Lebenssphäre befinden, nicht auf den Gegner abwälzen dürfen. Mit Henle drücken wir das dahin aus, daß der Irrtum im Beweggrund unbeachtlich bleibt, weil und wenn der Gegner ihn nicht zu erkennen braucht, weil er in die ureigenste private Sphäre des Erklärenden keinen

[1]) S. 69. ff.

Einblick hat. Dagegen muß der Gegner gefaßt sein, um mit Krückmann und Henle zugleich zu reden, auf Vorstellungen über Umstände, die sich in der Sphäre des Verkäufers zutragen.

Wenn also Treu und Glauben bzw. die Zumutbarkeit bestimmen sollen, wann ein Irrtum im Beweggrund beachtlich sein soll, dann kann es nicht weiter darauf ankommen, ob man im Stillen noch einen diesbezüglichen Vorbehalt gemacht hat. Wenn man schon einmal mit Treu und Glauben operiert, dann muß dieser Umstand auch dem, der einen solchen Vorbehalt nicht gemacht hat, zubilligen, an die Willenserklärung nicht gebunden zu sein, mittels deren er kraft der bestimmenden irrigen Vorstellung einen sinnlosen, weil gegen den Grundsatz der Äquivalenz verstoßenden Vertrag schloß. So ist also die Zumutbarkeit, sie mag das Rätsel der Voraussetzungslehre sein oder nicht, auf jeden Fall Angelpunkt und Pointe der Krückmannschen Theorie.

Wenn es der virtuelle Vorbehalt wäre, der zu entscheiden hat, ob man eine Willenserklärung rückgängig machen bzw. eine Rechtsfolge modifizieren kann, dann müßte es denkbar sein, daß wegen Fehlens des Vorbehalts das Recht zur Modifikation nicht zur Entstehung gelangte. Wann fehlt aber in der Willenserklärung der Vorbehalt? Daß er vorhanden ist, ist nicht nachweisbar; nur die Logik erklärt ihn als immanent; ebensowenig ist seine Abwesenheit festzustellen. Er ist nur dem Willen, der sich der Erklärung als Mittel zum Rechtserfolg bedient, immanent. Ist es nicht vielmehr so, daß jede Willenserklärung unter der Voraussetzung, d. h. mit dem v. V. abgegeben wird, daß die Interessenlage des Erklärenden diese seine Willenserklärung erfordere, daß die Vorstellungen richtig seien, die die Abgabe der Willenserklärung motivierten? Wenn aber mit der Abgabe jeder Willenserklärung zugleich ein v. V. gemacht wird, wie kann dann noch dem v. V. die Bedeutung zugeschrieben werden, daß er es sei, der das Recht zur Modifikation verleihe! Wenn es zum Tatbestand der Betätigung und Erklärung des Willens gehört, daß man etwas voraussetzt, bzw. daß man nicht wollen würde, wenn nicht —, dann verdient die Voraussetzung nicht mehr den Anspruch, darüber zu entscheiden, daß etwas sein oder nicht sein soll. Denn sie ist immer vorhanden, und es kann niemals der Fall eintreten, daß wegen ihres Fehlens das Recht zur Modifikation versagt bleiben muß. Welchen Wert kann dann noch der virtuelle Vorbehalt für die unumgängliche Entscheidung des Ob der Rechtsfolgen haben!

Die mangelnde Daseinsnotwendigkeit der Schöpfung des v. V. neben den Begriffen von Treu und Glauben und Zumutbarkeit, wie Süß sie alle zu einer dogmatischen Gewährleistungsbegründung zusammen geordnet hat, erhellt aus der Vielheit der Begriffe, die Süß braucht, um den Grund der Gewährleistung

anzugeben. Bei Henle zwei eindeutige Begriffe: „Irrtum in der Voraussetzung;“ bei Süß eine lange „Kette“ von Begriffen[1]). „Weil der Käufer den Fehler nicht kennt (Unkenntnis des Käufers, Mangel der Kaufsache) bietet er mehr, als er bei Kenntnis des Fehlers geboten hätte. Infolgedessen besteht zwischen Leistung und Gegenleistung ein Mißverhältnis, das bei dem Wesen des synallagmatischen Austauschvertrages dem Käufer nicht zugemutet werden kann (Inäquivalenz, Nichtzumutbarkeit). Und diese nicht zumutbare Inäquivalenz macht es dem Käufer möglich, den Vertrag zu modifizieren; denn er hätte nicht gewollt, wenn er den Mangel gekannt hätte“. — Damit ist doch der objektive Gesichtspunkt der Nichtzumutbarkeit zum Grund der Wandlung und Minderung gemacht. Welche Rolle soll dann noch der v. V. spielen? Der begründende Nachsatz: „denn er hätte nicht gewollt, wenn —“ kann hier durchaus fehlen. Welche Bedeutung hat er vollends, wenn der Grund seiner Wirksamkeit in der Nichtzumutbarkeit liegt, wenn also zunächst nach ihr gefragt wird und sie dann entscheiden soll, ob der Vorbehalt Wirkung haben soll? So fährt Süß auch unvermittelt und ohne logisch-kausalen Zusammenhang fort: „Dem Kaufvertrag als synallagmatischen Vertrag ist der virtuelle Vorbehalt, die virtuelle Voraussetzung der Äquivalenz immanent, und dieser virtuelle Vorbehalt ist hier wirksam, weil beim synallagmatischen, auf Austausch gerichteten Vertrag eine Inäquivalenz nicht zugemutet werden kann.“

Das heißt doch, um es kurz aber drastisch herauszustellen: der v. V. soll dann wirksam sein, wenn es nach Treu und Glauben angebracht ist, ihn wirksam sein zu lassen. Man hätte erwartet, daß der v. V. über die Leistungspflicht des Erklärenden bestimme, daß er anzeige, um es einmal so auszudrücken, wann eine Nichtzumutbarkeit vorliege und sein Vorhandensein das Modifikationsrecht verleihe. Statt dessen bestimmt über die Wirksamkeit des Vorbehalts die Zumutbarkeit. Dann ist eben der virtuelle Vorbehalt nur ein überflüssiger Füllbegriff von nur phrasiologischer Bedeutung. Denn dann bestimmt eben mittelbar über das Modifikationsrecht doch die Zumutbarkeit. Nichtzumutbare Äquivalenzverfehlung, das ist die alleinige Süßsche Begründung. Man tritt Süß mit dieser Interpretation nicht zu nahe. Sagt er doch selber wörtlich:[2]) „War eine Willenserklärung ohne jede aktuelle Beschränkung abgegeben, so kann ein nachträgliches Nichtwollen oder Anderswollen nur gerechtfertigt sein, wenn die Gebundenheit an die unbedingte und vorbehaltlose ursprüngliche Willenserklärung der Partei nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann“. Damit ist ganz ein-

[1]) Süß S. 211.
[2]) S. 129.

deutig der virtuelle Vorbehalt als unwesentlich ausgegeben. Auf S. 157 sagt Süß: „Dieser nur virtuelle Vorbehalt hat aber an sich zunächst keine Wirkung; er kann nur Wirkung erlangen, wenn wegen Nichtzumutbarkeit, also nach Treu und Glauben ihm solche zugebilligt werden kann und muß. Dabei ist nach Treu und Glauben zu berücksichtigen, sowohl was im gegebenen Fall vorausgesetzt ist, als auch, ob dem Vorausgesetzten Wirkung zugebilligt werden kann".

Daß die Schöpfer des virtuellen Vorbehalts mit diesem Begriff keine notwendige Aufgabe zu erfüllen imstande waren, beweist nur die Richtigkeit der Behauptung, daß dem virtuellen Vorbehalt überhaupt das souveräne, eigentümliche juristische Gepräge fehlt, um der Wissenschaft als wesentliches Requisit dienen zu können. Im übrigen gehört auch der v. V. so wenig zu den wesentlichen Bestandteilen der Süßschen Monographie und Theorie, daß, auch wenn man ihn aus der Süßschen Darstellung als fehlsam und überflüssig streicht, die Arbeit keineswegs zu einem Torso wird, sondern ihren Wert auf Grund der Klarstellung des Wesens der Gewährleistung vollauf behält. Auch ohne Verwertung des virtuellen Vorbehalts würde und muß es Süß gelingen, auf seine meisterhaft dargestellte Auffassung vom Wesen der Gewährleistung die Lösung des Problems der Unmöglichkeit beim Kauf, die er sich für eine fernere Arbeit zur Aufgabe gestellt hat, zu gründen.

§ 31.

4. Teil.

Unklarheiten in der Süßschen Verwertung des virtuellen Vorbehalts.

Es ist gar nicht anders möglich, als daß die Überflüssigkeit und innere Problematik des Begriffs vom virtuellen Vorbehalt und seiner Bedeutung und Aufgabe sich in der Unbestimmtheit verrät, mit der Süß ihn in seinen Deduktionen verwendet, und in der Verschiedenheit, in der sein Wesen und sein Gehalt bei Süß in die Erscheinung tritt. Man vermißt bei der Lektüre der Süßschen Monographie die eindeutige Formulierung und immer gleiche Verwendung des Begriffes, wie man auch bei Süß den Nachweis vermißt, daß das Gesetz Raum für den v. V. habe und bereit ist, an sein Vorhandensein Rechtsfolgen, eben als kausal von ihm ausgelöst, zu knüpfen.

S. 129 lautet der Vorbehalt dahin: „nicht zu kaufen oder zum mindesten nicht zu dem Preise zu kaufen, wenn die Sache anders ist, als sie der Käufer sich bei Vertragsschluß vorgestellt hat."

Bei Krückmann ist doch auf den Augenblick der Willenserklärung abgestellt: Der Vorbehalt sei der Willenserklärung immanent!

S. 131 ist „die wirksame Voraussetzung jedes gegenseitigen Vertrages: die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung nach dem subjektiven Maßstab, den die Partei angelegt hat." Dabei sagt Süß, daß der Vorbehalt nicht aus sich wirksam ist, sondern daß die Zumutbarkeit seine Wirksamkeit bedinge. S. 133 ist „wirksamer virtueller Vorbehalt die Äquivalenz des Vertrages", und „wirksame Voraussetzung" gleich „wirksamem v. V.", „also der v. V. die Äquivalenz". Anders also als auf S. 129. Auf S. 133 sagt Süß es wiederum ganz eindeutig: die Inäquivalenz des Vertrages habe nur deswegen letzten Endes so weitgehende Konsequenzen, weil die Ungleichheit der Leistungen nicht zugemutet werden könne.

S. 229 vierte Zeile wird v. V. und unzumutbare Inäquivalenz gleichgestellt und damit der Wert des Begriffes v. V. angesichts der Behauptung, die Nichtzumutbarkeit sei letzten Endes die Kernbegründung, völlig in den Schatten gestellt.

S. 174 erste Zeile besteht der v. V. in einem anders-wollen-dürfen. Hier wird der Inhalt des Vorbehaltes mit seiner Folge identifiziert und die Unklarheit auf die Spitze getrieben. Führt Süß doch zur Erklärung weiter aus: „Es kommt darauf an, daß Käufer trotz mangelnden aktuellen Vorbehalts auch anders wollen d a r f ; daß a l s o ein wirksamer virtueller Vorbehalt angenommen werden m u ß." In dem „also" bekundet sich die Auffassung Süß', (und damit die Berechtigung der erfolgten Angriffe) daß dann ein virtueller Vorbehalt vorliege, wenn der Käufer anders wollen darf. Also bestimmt sich hier vollends nicht nur mehr die Wirksamkeit sondern schon das Vorliegen des Vorbehalts nach dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben.

Man kann sich schon auf Grund dieser wenigen aus den zahlreichen bei der Lektüre angetroffenen Unklarheiten des Eindrucks nicht erwehren, daß Süß selber dem virtuellen Vorbehalt keinen fest umrissenen und fest präzisierten Platz in seiner Begründungskette zuzuweisen wußte, sondern in ihm nur eine phrasiologische Größe empfand. Das kann eben auch nicht wundernehmen; denn wer mit Krückmann das Rätsel der Voraussetzungslehre in völliger Verkennung der Windscheidschen Intuition in der Nichtzumutbarkeit sieht, der muß auch in einer die Voraussetzung zum Gegenstand einer Gewährleistungsbegründung machenden Theorie die Betonung auf diese Pointe legen und dann für den an sich schon höchst fragwürdigen Begriff des v. V. keinen Platz mehr finden, mit dessen präziser Fixierung die aufgestellte Theorie stehen und fallen muß. In der Süßschen Begründungskette kann der virtuelle Vorbehalt an jeder Stelle erscheinen oder überall fehlen. Wenn seine Wirksamkeit überdies von Treu und Glauben abhängt,

ja sogar über seine Existenz von der Billigkeit entschieden wird, dann fehlt ihm diejenige Souveränität, die er haben muß, um als dogmatisches Requisit ausgegeben werden zu können.

Als letzter Beleg für die Unklarheit der Rolle, die Süß dem v. V. zuweist, und damit zugleich als Argument für die Treffsicherheit der Henleschen Theorie mag Süß' Betrachtung[1]) der Konkurrenz des § 459 mit der Irrtumsanfechtung nach § 119 dienen.

Süß legt seiner Darstellung die Auffassung[2]) zugrunde, daß die Tatbestände des § 119,2 und 459 völlig verschieden seien. Nicht im Sinne Henles, sondern darin, daß § 119,2 von einem „nichtzumutbaren Irrtum" handle, dem Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft, der „nicht zumutbar" sei. (Als ob ein Irrtum überhaupt zumutbar sein kann. Objekt der Zumutbarkeit kann doch in diesem Rahmen nur eine Verpflichtung sein bzw. die Aufrechterhaltung einer solchen.) Dagegen handle § 459 von Gleichgewichtsstörung wegen Unwissenheit und diese Gleichgewichtsstörung sei „unzumutbar". Sonach seien also die Tatbestände völlig verschieden. Gemeinsam sei ihnen jedoch, daß es sich in beiden Fällen n i c h t um einen Willensmangel handle (vgl. dazu oben S. 62). In beiden Paragraphen fehle es an jeglicher aktuellen Willensbeschränkung. Aber beide Paragraphen enthielten einen virtuellen Vorbehalt; und zwar sei der virtuelle Vorbehalt in § 119,2 wirksam wegen „nicht zumutbaren Irrtums" über verkehrswesentliche Eigenschaften, der Vorbehalt aus § 459 wirksam wegen „Nichtzumutbarkeit der Gleichgewichtsstörung".

Damit ist wieder ganz eindeutig zugegeben, daß nicht der virtuelle Vorbehalt entscheidet, wann ein Modifikationsrecht gegeben sein soll, sondern daß die Frage nach dem Ob der Gewährleistung von Treu und Glauben entschieden wird.

Süß sagt also mit diesen Ausführungen folgendes: In § 119,2 liegt ein Vorbehalt vor. Er ist wirksam nicht aus sich, sondern weil es dem Erklärenden nicht zugemutet werden kann, an seiner auf einem Irrtum über verkehrswesentliche Eigenschaften basierenden Erklärung festgehalten zu werden. So muß man doch wohl den „nichtzumutbaren Irrtum" verstehen. Also wieder wird der Irrtum kausal für die Wirksamkeit des v. V. Also ist im § 119,2 der Irrtum die Dominante. In § 459 liegt ein Vorbehalt vor, der wieder nicht aus sich wirksam ist, sondern weil es dem Erklärenden nicht zugemutet werden kann, an seiner eine Inäquivalenz sanktionierenden Erklärung festgehalten zu werden. Hier ist also die Nichtzumutbarkeit kausal für die Wirksamkeit des virtuellen Vorbehaltes und mithin sie die Dominante.

---

[1]) Süß S. 242.
[2]) Vergl. Süß S. 202/04.

Wer aber über die Zumutbarkeit des Irrtums und wer über die Zumutbarkeit der Inäquivalenz bestimmt, das ist aus Süß' Lehre nicht ersichtlich. Das aber hätte ersichtlich sein müssen. Hätte der Vorbehalt diese Souveränität der Entscheidung gehabt, dann hätte man die Theorie als gelungen bezeichnen können. Auf diese Souveränität kommt es an, darauf ganz allein und auf nichts anderes. Solange der v. V. die Souveränität nicht in sich hat, die erforderliche Entscheidung über die Zumutbarkeit des Irrtums, wie Süß sich ausdrückt, und über die Zumutbarkeit der Inäquivalenz zu fällen, muß er zum mindesten als entbehrlich angesprochen werden. Ein Begriff, der keine Aufgabe erfüllt und erfüllen kann, muß ohne alle Bedeutung für die Beurteilung und Regelung rechtlicher Tatbestände und für wissenschaftliche Gedankengänge bleiben.

Korrigiert man Süß' letztzitierte und kommentierte Gedankengänge dahin, daß ebenso wie in § 119,2 auch im § 459 ein Irrtum, nicht eine den Begriff des Irrtums ausschließende Unwissenheit obwaltet, dann kann man, um sich des Vorbehalts vorübergehend zu bedienen, mit Süß sagen, daß auch im § 459 ein Vorbehalt vorliegt, „der wegen nicht zumutbaren Irrtums wirksam ist." Indem nun unter Würdigung des Irrtums als der Dominante und unter Verwendung des „Vorbehalts" in der auch von Süß zuweilen gebrauchten Form der „Voraussetzung", allerdings in aktuellem Gepräge, Irrtum und Voraussetzung in die logisch einzig gerechtfertigte Abhängigkeit gebracht werden, gewinnt man für § 459 den „Irrtum i n der Voraussetzung" und für § 119,2 den „Irrtum ü b e r die Voraussetzung." Nicht als ob aus dem Dunkel der Süßschen Auffassung die Henlesche zu folgern wäre oder auch nur ein Schimmer dessen entnommen werden könnte. Im Gegenteil, um mit der Notwendigkeit so grundstürzender Änderungen und Korrekturen zu zeigen, wohin die Unklarheit des Begriffes des „virtuellen Vorbehalts" und die Verkennung der Tatsache führt, daß er neben dem Begriff und Behelf der Zumutbarkeit keine Daseinsberechtigung hat, und um darzutun, daß man die Bedeutung des Irrtums nicht verkennen darf, wenn man nach einer dogmatischen Begründung für die Gewährleistung forscht. Der Irrtum ist ein viel zu traditioneller und souveräner Begriff und eine viel zu bedeutsame Erscheinung in der menschlichen Bewußtseinsbetätigung und mithin also auch in jeglichem rechtsgeschäftlichen Verkehr, als daß er sich die Verkennung seiner Bedeutung widerspruchslos gefallen ließe.

Lebenslauf.

Geboren am 24. Februar 1904 als Sohn des Rittergutsbesitzers Arnold Diestel zu Saunstorf bei Bobitz, Amt Grevesmühlen, besuchte ich von Ostern 1913 bis Ostern 1923 das humanistische Gymnasium zu Schwerin i. M. Nach zweijähriger praktischer landwirtschaftlicher Ausbildung nahm ich mit dem Sommersemester 1925 meine juristischen Studien auf und schloß dieselben am 31. Oktober 1930 mit dem Referendarexamen ab. Am 31. Juli 1931 bestand ich die mündliche Doktorprüfung. Seit 15. August desselben Jahres bin ich im Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Karl Heinz Diestel.